

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

**ANÁLISE SOBRE POSSÍVEIS CAUSAS DA REFORMA TRABALHISTA À
LUZ DA TEORIA FUNCIONALISTA DE NIKLAS LUHMANN**

GUSTAVO DE CARVALHO ARAÚJO

BRASÍLIA - DF
2018

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**ANÁLISE SOBRE POSSÍVEIS CAUSAS DA REFORMA
TRABALHISTA À LUZ DA TEORIA FUNCIONALISTA DE NIKLAS
LUHMANN**

GUSTAVO DE CARVALHO ARAÚJO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Doutor Othon de
Azevedo

BRASÍLIA
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO DE CARVALHO ARAÚJO

ANÁLISE SOBRE POSSÍVEIS CAUSAS DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA TEORIA FUNCIONALISTA DE NIKLAS LUHMANN

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Othon de Azevedo Lopes
Professor Doutor e Orientador

Sérgio Barreira de Faria Tavoraro
Professor Doutor e Examinador

Wilson Roberto Theodoro Filho
Professor Doutor e Examinador

Examinador Substituto
Titulação

Brasília, 1º de Julho de 2018

Resumo

Este trabalho procura analisar possíveis causas da edição da Reforma Trabalhista, uma ampla reforma realizada no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro. O respectivo fenômeno social e jurídico está causando sérias controvérsias no sistema jurídico, o que exige uma análise profunda sobre suas causas e sobre a sua coerência com o ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada foi um estudo de caso e uma pesquisa qualitativa, caracterizada pela entrevista de magistrados do mesmo Tribunal Regional do Trabalho que julgou o litígio usado no estudo de caso. Este estudo nos levou à análise de dois artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam, os artigos 818 e 844 da CLT. Nesse sentido, focou-se na análise de aspectos processuais de acesso à justiça, eficiência das Cortes Trabalhistas, litigância descompromissada e atribuição de ônus da prova. Os resultados encontrados foram os de que é possível afirmar que a reforma trabalhista teve, no escopo dos artigos analisados, as seguintes causas: adição de novas regras procedimentais que podem servir de paliativo para problemas encontrados na resolução de casos complexos; a reestruturação de outros dispositivos para demonstrar diretivas interpretativas, como a limitação do uso do princípio protetivo na aplicação da teoria da prova, diferentes das que estavam sendo aplicadas no âmbito do processo do trabalho; e a readequação das normas no sentido de permitir uma participação mais igualitária do processo judicial trabalhista. À luz dessas descobertas, concluiu-se que a Reforma Trabalhista tem causas diversas do tolhimento do direito dos trabalhadores, ao contrário do que argumentam alguns atores sociais. Nesse laço, a amplitude da Reforma Trabalhista pode guardar muito mais causas a serem demonstradas em outros trabalhos acadêmicos.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Funcionalismo de Luhmann; Evolução Social; Litigância Descompromissada; Teoria da Prova.

Abstract

This University Course Conclusion Work seeks to analyze possible causes for the edition of the Labor Reform, a broad reform made on the ambit of Brazilian Labor Law. The respective social and juridical phenomenon is causing

serious controversy on the legal system, which demands a profound analysis on its causes and on its coherence with Brazilian legal structure. The methodology embraces a case study as well as a qualitative research, characterized by interviews with labor judges from the same Labor Regional Court that decided on the litigation used in the case study. This study has brought us to the analysis of two articles of the Labor Law Consolidation. In this sense, the focus was on the analysis of the procedural aspects of access to justice, Labor Courts efficiency, uncompromised litigation and proof burden assignment. The results founded ascertain us that it is possible to affirm that the Labor Reform had, in the scope of the analyzed articles, the following causes: the addition of new procedural rules that may serve as a palliative solutions to problems found in the resolution of hard cases; restructuration of other legal provisions to demonstrate interpretative guidelines such as the limitation of the use of protective principle in the proof theory application, that differ from those applied at that time in the ambit of labor procedure; a readjustment of the norms in the sense of enabling a more egalitarian participation in the labor juridical procedure. In the light of these discoveries, it was concluded that the Labor Reform has had other causes beyond harming the workers rights, as some social actor may argue. In this loop, the amplitude of the Labor Reform may assume causes else, to be demonstrated in other academic works.

Keywords: Labor Reform; Luhmann Functionalism; Social Evolution; Uncompromised Litigation; Proof Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1: PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O FUNCIONALISMO DE LUHMANN	9
2: COMO A TEORIA DOS SISTEMAS MOSTROU SUAS CORES AO LONGO DE ALGUMAS OBRAS DE LUHMANN	15
3: O PROCESSO EVOLUTIVO NO FUNCIONALISMO DE LUHMANN	22
4: DE UMA TEORIA SOCIAL PARA UM CONCEITO DE DIREITO	25
4.1: O PAPEL DAS CORTES JUDICIAIS TRABALHISTAS NO SISTEMA JURÍDICO	28
5. METODOLOGIA	34
6. ESTUDO DE CASO	35
6.1 DESCRIÇÃO DO ESTUDO DE CASO E QUESTÕES LEGAIS PERTINENTES	37
6.1.1 <i>Falta de compromisso no comparecimento em audiências</i>	38
6.1.2 <i>Probabilidade de ter o pedido de produção de prova testemunhal por carta precatória negada</i>	47
7. CONCLUSÃO	59
8. REFERÊNCIAS	61
ANEXO	63

Introdução

A sociedade muda a todo tempo. Esta mudança é perceptível através da observação entre as comunicações trocadas entre gerações. Gerações dentro da família, no âmbito político, no seio da economia e das várias outras áreas da sociedade. Hoje a consciência coletiva encara como normal, ou provável o que no passado era um desvio, improvável, até imoral. E ao redor da massa que prefere permanecer estática, há um entorno povoado de comunicações vanguardistas e que procuram ser selecionadas e aceitas no seio social.

Nesse contexto, estamos, a todo o momento, sendo estimulados a pensar sobre novos sentidos, novas realidades, novas complexidades. Porém, também nos questionamos até que ponto conseguimos absolver toda essa informação, principalmente quando ela não necessariamente nos ajudará a ter uma vida mais confortável, ou se ela terá alguma utilidade além de aumentar a complexidade com a qual lidamos com o mundo. Com isso, também temos que lidar com “reduções” que beiram o não lógico, ou são extremamente pobres do ponto de vista da apreensão da realidade, porém, são estruturas que ajudam o indivíduo a lidar com a complexidade e a construir critérios simples de decisão.

A escolha por estruturas não ocorre apenas num âmbito cognitivo individual, mas também através de uma cognição coletiva que origina os sistemas sociais. Afinal, a necessidade de redução de complexidade ocorre não apenas na maneira com que esperamos que os fenômenos ocorram, mas também como os outros esperam que eles ocorram. Há uma constante tentativa de adequação individual do que esperamos ao que os outros esperam. Tanto as expectativas, quanto a adequação são questões de sobrevivências para a sociedade, o que pode levar a uma miríade de reações agressivas, violentas, rotulantes e objetificantes. Em resumo, os que não seguem as cartilhas de expectativas não merecem receber o mesmo status de quem as segue e devem ser rechaçados a todo custo.

A ironia disto é que o que hoje é inesperado, amanhã pode ser a regra. Essa percepção desnuda os trajes das quais a sociedade tanto ostenta como sua valia, os estandartes que mantêm a ordem social. Gerações morrem, e, com elas, uma boa fatia dos seus ideais, das suas experiências de vida e da sistemática usada para ver o mundo. Tendo-se isto em mente, um estudioso social, da mesma forma que um cientista, não pode carregar ideias com vaidade, pois a teoria que hoje está em voga, amanhã pode ser refutada e substituída por uma mais adequada. A tecnologia que no passado parecia adequada, hoje pode não mais ser a solução, não mais ter a eficiência necessária para lidar com os problemas da sociedade, ou pode ser substituída por outra por um mero acaso, pela pura contingência.

Não estamos a pedir que se abandone as ideias que se acredita e nos entreguemos ao completo ceticismo, mas sim que apliquemos uma constante autocrítica. Apesar de a evolução social trazer mais problemas, ela também traz mais soluções, porém a mudança não é algo fácil. É necessária a discussão democrática entre os agentes envolvidos e muita energia para que as diversas complexidades que a diferenciação funcional nos trouxe sejam devidamente integradas à sociedade.

Este trabalho se trata do estudo de um fenômeno evolutivo. Acredita-se que a colonização de um sistema por outro, perante uma sociedade democrática, causa reações sistêmicas cujo controle através da regulação é feito por meio de racionalidades dissonantes. A incongruência entre os códigos causa ineficiência, em outras palavras, reduz a capacidade dos sistemas de lidar com os problemas sociais. Os sistemas devem ser dinâmicos e possuírem autodeterminação, pois só assim conseguem lidar com a dinamicidade que ocorre nas sociedades modernas.

1: Primeiras impressões sobre o funcionalismo de Luhmann

Para iniciar uma descrição sintética do Funcionalismo de Luhmann, primeiro cabe a explanação das principais influências sobre o trabalho dele, indicadas por Joas e Knöbl¹. A primeira é o Funcionalismo de Talcott Parsons, provavelmente o autor que mais influenciou os contornos da teoria sistêmica de Luhmann. Por outro lado, este alterou radicalmente várias ideias e mudou completamente o foco da teoria, por causa do ceticismo em relação à possibilidade de descrever por completos os nexos de causalidade entre sistemas sociais e ordem social, e do papel preponderante que o conceito de contingência tomou em alguns pontos da sua teoria.

Luhmann radicalizou o Funcionalismo. Ele alterou o foco da estrutura dos sistemas sociais para a função das estruturas. Esse enfoque permite, nesta análise inicial da teoria, “destacar três diferenças fundamentais entre os dois Funcionalismos”², quais sejam;

Primeiro, o abandono da ideia de conservação exacerbada das estruturas que compõem a sociedade. Temos, em Parsons, uma ideia de evolução linear das estruturas de forma que haja uma melhora na capacidade de exercer suas funções ao longo do tempo, no entanto, as linhas gerais das estruturas antigas são mantidas. Já para o Alemão, há possibilidade de radicais mudanças nas estruturas e necessidade de previsão de mais relações funcionais de causalidade.

Parsons, desde o início dos seus trabalhos, no *Structure*, considerou a moral como componente nuclear da ação social, pois foi na moral que ele encontrou a resposta para o problema da inadequação da aleatoriedade da ação na Teoria Utilitarista para explicar a ordem social. No entanto, definir a ordem social com base nos valores, exclusivamente, pode levar, em última análise, a um determinismo cultural, ou seja, a uma supervalorização da capacidade da moral de determinar os fenômenos sociais e a um caminho que dá pouca margem para rumos muito diferentes do que é ditado pelo código moral.

¹ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017.

² JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 279

Nessa linha, numa tentativa de integrar as teorias da ação e dos sistemas parsonianas, os valores morais também garantiram seu espaço na sociedade através do Sistema Moral, ou Sistema Fiduciário, cuja função é a de preservar a fidelidade a uma comunidade de valores que formam a identidade social. Luhmann, por outro lado, tirou os valores morais do protagonismo diretivo, além de descrever a estabilidade funcional como um estado de complexa manutenção.

Segundo, com a análise diferenciada da estabilidade dos sistemas e com a perda do papel integrativo das normas (Normativismo), ele formou um paradigma cuja estabilidade não é mais entendida como um estado de caráter eminentemente estático. Pelo contrário, a estabilidade presume um sistema em constante mudança devido às alterações do ambiente que circundam o objeto e à dinamicidade inerente aos sistemas sociais modernos.

A perspectiva luhmanniana é muito mais complexa e abstrata do ponto de vista teórico. Isto decorre, neste ponto, do fato de Parsons tentar entender a sociedade como um mecanismo mais estático e linear. Diga-se linear, porque a mudança também estava prevista na teoria do autor americano na forma de uma “diferenciação de uma unidade ou estrutura dentro de um sistema social em duas ou mais unidades ou estruturas que diferem em suas características e significado funcional para o sistema”³.

As novas estruturas originadas da diferenciação, de acordo com Parsons, ensejam a evolução se, e somente se, os novos elementos tiverem uma maior capacidade de adaptação do que os elementos anteriores, detentores dos mesmos papéis funcionais. Em outras palavras, uma máquina que, através dos ditames dos valores, opera a sua própria evolução no sentido de, necessariamente, melhorar os papéis funcionais das suas estruturas.

Luhmann já adota uma teoria mais ampla, pois dá ao ambiente um papel de maior variabilidade e complexidade, cujas mudanças têm certa influência nos caminhos da evolução dos sistemas. Ademais, ao invés de ser comandada pelos valores morais, a ordem evolutiva é comandada pela contingência (o tema da

³ PARSONS, Talcott. **The system of modern societies**. New Jersey: Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1971.

evolução será tratado com mais profundidade após a explicação da virada autopoietica). Esse pressuposto abre muito mais possibilidades de variabilidade de sistemas sociais e é muito mais compatível com o atual estado dinâmico em que se encontra a sociedade.

Ao invés de se definir a sociedade como um organismo que, ao mesmo tempo que resolve os seus problemas, desenvolve suas estruturas e evolui para um estágio necessariamente mais adaptado, Luhmann abre espaço para discutir-se o surgimento de estruturas mais diversificadas cujas atribuições resolvam o problema da ordem social.

A **terceira** diferença se caracteriza pela substituição do Funcionalismo de Sobrevivência usado na teoria de Parsons pelo Funcionalismo de Equivalência. Esta importante mudança do marco teórico ocorreu por outra mudança na compreensão de como os sistemas sociais resolvem os conflitos que emergem e ameaçam a ordem social.

Parsons parte do pressuposto que a sociedade resolve definitivamente os problemas emergentes através da diferenciação de estruturas, Luhmann propôs que os problemas que atacam a ordem podem ser resolvidos por um leque de estruturas equivalentes. O funcionalismo do alemão, novamente, propõe uma visão mais complexa, mas que consegue prever rumos mais inovadores para a sociedade.

O conceito de contingência entra também neste contexto, pois, a solução de problemas decorre da emergência contingente de diferentes estruturas equivalentes (equivalência esta do ponto de vista funcional), e estas estruturas nunca são consideradas soluções definitivas, pois a estrutura responsável pode ser, posteriormente, substituída por outra. Não obstante, para possibilitar essa diversificação, nas palavras do próprio Luhmann (1964, p. 153 apud JOAS e KNÖBL, 2017, p. 281), é necessário que “A estrutura do sistema deve ser organizada e institucionalizada de tal forma que permita o grau de autovariação necessário no que diz respeito à adaptação permanente ao ambiente”.

Ainda sobre essa questão da utilização de estruturas equivalentes, vale expor que a teoria Luhmanianna não incorporou ao seu funcionalismo o método

consistente em explicar, de maneira exaustiva, as relações causais entre a existência de estruturas com funções específicas e a ordem gerada pelo funcionamento delas. Luhmann assume que é impossível explicarmos como os equilíbrios são alcançados, até porque isso pode ocorrer por um conjunto complexo de fatores cuja percepção do pesquisador pode não captar por inteiro.

Desta última acepção, pode-se inferir que a importância do Funcionalismo de Equivalência é o esforço teórico para tentar enxergar se há alguma possível influência de uma estrutura, ou sozinha, ou em conjunto com outra(s), na manutenção da ordem social. Porém, sem a pretensão de exaurir a funcionalidade de todas as estruturas que conseguiriam sustentar, em sua totalidade, a sobrevivência da sociedade.

Nessa linha, podemos definir o funcionalismo desenhado por Parsons como uma teoria que se aproxima determinismo moral e o outro como uma heurística de relações de causalidade funcionais.

A próxima importante influência a ser descrita é a exercida pelo autor Arnold Gehlen, mais precisamente o conceito de *Entlastung* desenvolvido por ele⁴. Gehlen acreditava que, diferentemente dos outros animais da natureza, o ser humano carece de instintos e inclinações. Estes seriam responsáveis por determinar a ação dos animais. O fato de não ter de responder aos comandos instintivos torna a sua capacidade de depreender o ambiente em que está inserido de uma forma muito mais ampla, além de uma maior capacidade de autodeterminação, tanto de como se depreende, como da maneira com que deve se comportar.

Não obstante, a capacidade de depreender o mundo de uma forma mais inteligente também representa um alto custo cognitivo, o processo de pensamento não conseguiria fluir bem se o ser humano tivesse que racionalizar cada uma de suas condutas do cotidiano. Em decorrência dessa dificuldade, cria-se hábitos e rotinas. Esses mecanismos são os responsáveis pelo *Entlastung*, ou seja, pelo alívio ou desoneração.

⁴ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 283

A humanidade deu passos além da criação de rotinas e hábitos no sentido de aumentar a eficiência da tomada de decisões na medida em que criou tradições e instituições. Através destas, é aberta a possibilidade de a sociedade decidir as linhas gerais dos rumos a serem tomados, além de dar às pessoas mais certezas sobre que ações podem, ou não realizar. Em síntese, há uma redução na complexidade da vida, no que diz respeito à necessidade da cognição humana.

Luhmann incorporou o conceito de *Entlastung* ao seu arsenal conceitual tendo, no entanto, outro enfoque. Gehlen usava-o para entender a ação humana, tema este que não tem importância central na teoria de Luhmann. A redução da complexidade, no contexto da teoria Funcionalista do alemão, é a própria razão de ser dos sistemas sociais.

A aplicação deste raciocínio aos sistemas sociais tem o objetivo de explicar porque a diferenciação interna das estruturas determina formas adequadas de ação e às institucionaliza, ou seja, transforma-as em condutas modelo. Com isso, os agentes da sociedade não só tendem a adotar essas condutas, por vê-las como caminhos possíveis em meio ao caos, como também esperam que os outros agentes as adotem. É nesse contexto que é possível falar-se em estabilização de expectativas e redução de complexidade.

Nesse contexto, cabe explicitar os exatos conceitos de complexidade e de contingência usados por Luhman:

“Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais está lá. Em termos práticos, complexidade

significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.”⁵

A amplitude e complexidade da teoria também podem ser encontradas no que Luhmann acredita serem os motivos por trás da ação. Estes seriam diversos e abstratos, além de não poderem ser determinados por um ou poucos fatores. Esta infinitude de possibilidades é, também, um problema a ser dirimido pela redução de complexidade, realizado pelas estruturas sistêmicas.

A terceira influência que foi discutida, a fenomenologia de Edmund Husserl, tem uma importante ligação com a questão da redução da complexidade, logo anteriormente discutida. Para Husserl⁶, o processo de percepção dos fenômenos é eminentemente ativo, do ponto de vista do sujeito. Ao invés de pensarmos o ser humano como um organismo cheio de aparatos sensitivos preparado para receber passivamente os estímulos do ambiente, podemos pensar que a cognição pode aplicar um foco à percepção.

O resultado do enfoque é captação de apenas uma parte do mundo perceptível, sendo esta parte, no entanto, a parte que interessa, pelo menos no escopo do enfoque aplicado. Luhmann transferiu essa noção de “percepção intencional” do ser humano para a sua teoria dos sistemas ao postular que a construção e funcionamento dos sistemas psicológicos e sociais limitam o mundo caoticamente complexo.

O recorte da realidade realizado pelos sistemas permite a atribuição de significados e a determinação da ação social dentre as quase infinitas

⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45 e 46

⁶ De acordo com Luhmann, “É sempre possível indagar-se se algo tem ou não tem sentido. Mas, essa distinção *sentido/não sentido* tem sentido? E para quem? A filosofia se incumbiu principalmente de responder a essas perguntas iniciais, embora nela continue sendo dominante a informação de que o sentido se refere ao sujeito. Sempre se pode interpor a pergunta: para quem algo tem sentido? E isto não em relação a um sujeito considerado do ponto de vista formal, mas na de um indivíduo concreto, que, graças ao sentido, satisfaz sua necessidade de orientação. Isso coincide com as reflexões de Husserl, na *Fenomenologia transcendental*, nas quais evidencia que a vivência elementar do sujeito deveria ser possível devido a remissões de sentido concretas. Assim se resolviam, segundo ele, os problemas da subjetividade, já que cada sujeito produz e constitui sentido, e também avalia, a cada momento, se o sentido tem ou não sentido.” LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 231. Daqui, depreendemos que a atividade de percepção semântica está diretamente ligada à subjetividade do sujeito, além de escolher o *que* tem sentido, ele escolhe *qual* o sentido. Esse processo é essencial para compreender-se como funciona o mecanismo da redução de complexidade.

possibilidades. Esse pensamento marca outra diferença sensível ao Funcionalismo de Parsons, pois o ponto de partida da teoria dos sistemas do americano era a percepção e análise dos sistemas, já para o alemão, primeiro é necessário vislumbrar e entender o caos para entender a razão de existir dos sistemas.

Apesar de a teoria de Luhmann entender a origem dos sistemas analogamente ao processo cognitivo descrito por Husserl, ela não limita as possibilidades com que os sistemas podem se estruturar. A possibilidade de diversos enfoques advém da completa contingência com que estes se realizam. Tendo isto em mente, o teórico adotou uma postura muito mais analítica do que de avaliativa em relação às diversas estruturas existentes, além de um notável desapego às estruturas em voga.

2: Como a teoria dos sistemas mostrou suas cores ao longo de algumas obras de Luhmann

A primeira obra analisada por Joas e Knöbl⁷ é a *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, os dois estudiosos afirmam que este é um estudo focado no funcionamento empírico de organizações, com destaque para burocracias, e em como este funcionamento demonstra diversas falhas na teoria organizacional tradicional.

Os citados autores tradicionais foram Robert Michels e Max Weber. Estes teriam descrito organizações burocráticas como organismos extremamente determinados pelos objetivos que permeavam a sua existência. Em suma, seus membros diretores utilizariam a sua racionalidade relativa a fins para comandar os membros subalternos organizados no sentido de cumprir suas metas políticas.

No entanto, já carregado pelo seu ceticismo em relação à determinação da ação social, Luhmann aponta para aspectos do funcionamento das organizações que não são albergados pela teoria tradicional. Os membros das organizações, no âmbito destas, adotam condutas que não estão alinhadas com os objetivos e procedimentos delas, como o relaxamento de alguns procedimentos formais, a

⁷ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017.

criação de laços pessoais, ou a resolução de problemas de convivência entre os membros da organização.

Nesses termos, a teoria organizacional clássica não consegue captar de forma completa todo o funcionamento de uma organização. Os objetivos políticos que motivam a organização não desempenham papel prioritário na análise das organizações, isso porque a manutenção delas não depende dos seus objetivos, mas sim da capacidade de resolver os vários problemas que aparecem no decorrer de suas existências. Em decorrência disto, é claro que o sistema organizacional deve ser ordenado a ponto de poder exercer várias funções, dentre elas, a sua “função principal”, e outras de autopreservação.

Em síntese, a crítica de Luhmann afirma a incapacidade de descrever o funcionamento das organizações por meio da ação racional com respeito a fins⁸ e por uma teoria que trabalhe somente no âmbito dos indivíduos. Por isso, apesar de a obra demonstrar ainda apresentar um forte conteúdo de teoria da ação, ela também aponta a necessidade de Luhmann de deixar de lado o marco teórico da ação e partir direto para a teoria dos sistemas.

Na segunda obra analisada por Joas e Knöbl⁹, *Zweckbegriff und Systemrationalität – Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* (O conceito de fins e a racionalidade do sistema – Sobre a função dos fins nos sistemas sociais), os autores afirmam que Luhmann aprofunda sua crítica em relação ao uso do conceito de fins na teoria da ação. Ele mostrou sua concordância com a ideia de John Dewey, e outros pragmatistas americanos, de que nem todas as ações humanas são determinadas por apenas uma causa. A criatividade da ação que se verifica na realidade não permite esse estreitamento da motivação.

Não obstante, ao invés de criar uma própria teoria da ação que resolvesse o problema apontado, Luhmann abandonou o marco da teoria da ação e buscou suprir esses problemas através da sua teoria dos sistemas. Como já destacado anteriormente, para fugir de explicações causais de pouca valia perante a

⁸ Trata-se aqui de um dos clássicos conceitos criado por Max Weber para classificar ação social.

⁹ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 292

complexidade do mundo, ele definiu que valores e objetivos servem para reduzir a complexidade, de maneira a reduzir as variáveis que são consideradas decisivas no momento de realização da ação.

Podemos imaginar, por exemplo, que vários fatores de redução de complexidade podem atuar a ponto de se isolar apenas uma variável no momento de tomada de decisão de que conduta adotar. No entanto, por causa da contingência, é possível que qualquer um dos valores, ou dos objetivos, seja escolhido para orientar a ação, o que torna impossível para qualquer ciência epistemologicamente informada usar essas duas categorias com segurança científica.

A progressão da teoria de Luhmann levou a considerar que os próprios sistemas sociais são os atores sociais, como demonstra o seguinte trecho da obra de Joas e Knöbl¹⁰:

“E, como veremos, conforme sua obra progride e ele desenvolve sua teoria dos sistemas, Luhmann passa, em última análise, a considerar ação como produzida pelos sistemas: o ponto de referência para a ação e para os atores apenas estrutura a comunicação e atribui comunicação a um determinado sistema pessoal ou social. Dentro do fluxo incessante da comunicação, a noção de ação ajuda a estruturar o contexto e a demarcar o presente do passado.”

A terceira obra analisada por Joas e Knöbl¹¹ foi a *Legitimation durch Verfahren*, os autores já destacam uma diferença sensível que este trabalho desenvolveu entre as teorias sistêmicas de Parsons e Luhmann, no que se refere à hierarquia das fontes de determinação da ação. Parsons, por meio da sua tese da “hierarquia cibernética do controle” dava ao sistema de valores papel preponderante na tarefa de determinar por causa da sua função de “manutenção latente de padrões”, valores estes que permeavam, de maneira mais ou menos intensa, todos os outros sistemas sociais.

¹⁰ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 294

¹¹ Ibid

Luhmann abandonou completamente esta ideia. Apesar de ainda separar a sociedade moderna em algumas esferas funcionais, estas não mais atuam com uma hierarquia entre si, mas sim de forma completamente diferenciada e independente. Cada subsistema atua com sua própria lógica interna. A modernização da sociedade nos trouxe uma pluralidade de sistemas funcionalmente especializados e que gozam, até certo ponto, de independência.

Nessa linha, Luhmann também se afastou da ideia de que a política e a justiça, através dos valores legalizados, realizam procedimentos a que se pode atribuir a qualidade de justos ou corretos. A integração das pessoas no sistema político e judiciário dá a elas papéis de participação direta, o que age na legitimação dos processos eleitoral e jurídico. A legitimação, então, não pode ser entendida como sinônimo de justiça, ou de verdade epistemologicamente constituída.

O que está realmente em jogo quando se realiza eleições livres e democráticas, e procedimentos jurídicos públicos e com regras processuais definidas é a aceitação psicológica¹² dos cidadãos. O consenso em relação ao procedimento dá legitimidade, e os papéis sociais determinados aplicam pressão para que os indivíduos aceitem os procedimentos¹³. Em resumo, é o procedimento que trás a legitimidade, não a suposta justiça que é o objetivo da aplicação deste.

Agora, cabe a análise de uma obra de Luhmann que, em alguns pontos aprofundou, e em outros alterou seu marco teórico. A obra em questão é a *Soziale Systeme* (Sistemas Sociais, de 1984). Deve-se, para entender a obra de Luhmann, trazer os pontos destacados por Joas e Knöbl¹⁴ na sua obra, iniciando-se, primeiramente, pelo abandono do entendimento de sistemas como uma categoria meramente analítica. Neste momento, ao invés de entender que sua teoria servia para captar a realidade de forma precisa, Luhmann defende que sistemas existem na realidade.

¹² JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 295

¹³ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 295

¹⁴ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017.

O segundo ponto a ser discutido é a forma com que o teórico passou a utilizar para entender sistemas sociais. Nas suas primeiras obras, ele encarava sistema na perspectiva sistema-meio ambiente, ou seja, o sistema é distinto do meio ambiente, e precisam se adaptar aos estímulos recebidos através das aberturas entre eles. Já em trabalhos mais maduros, como a obra *Sistemas Sociais*, Luhmann incorporou algumas ideias da biologia e da neurofisiologia à sua ideia de ciências sociais.

O trabalho que influenciou essa mudança foram estudos realizados por Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, pesquisadores latino-americanos. Nesta pesquisa, eles descobriram que algumas células nervosas por trás da retina não apresentavam mudanças na sua atividade ao se alterar as qualidades físicas da luz. Em outras palavras, mesmo se tratando de estruturas com função de interpretar estímulos específicos, a mudança nestes respectivos estímulos não gerou a relação causal esperada, apesar de ainda executar sua função apropriadamente.

Esse resultado, de acordo com Joas e Knöbl¹⁵, levou à ideia de que o sistema nervoso seria autossuficiente, isto é, que ele não reproduz perfeitamente o ambiente, como seria de se esperar de um órgão sensorial, mas sim produz uma versão própria do mundo através da sua lógica operacional. Em outras palavras, o sistema é organizacionalmente fechado e possui capacidade de produção autônoma das próprias estruturas, por isso é autopoietico.

O contato com o ambiente ocorre através de acoplamentos estruturais, que são estruturas internas responsáveis pela captação de matéria advinda do ambiente. A matéria captada do mundo externo, no entanto, serve apenas como estímulo¹⁶ para o sistema, a resposta para esses estímulos ocorre de acordo com a

¹⁵ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 299

¹⁶ De acordo com Luhmann, “Um simples fato nunca confere a qualidade de ser legal ou ilegal sobre atos ou condições. É sempre a norma que decide se fatos possuem relevância jurídica ou não. Após vários séculos de dúvidas e discussões nós estamos hoje acostumados a admitir que nem condições naturais ou religiosas ou morais tem esse potencial criador de normas, apenas as normas jurídicas. O Sistema jurídico é um *sistema normativamente fechado*. Ele é ao mesmo tempo um *sistema cognitivamente aberto*. Seguindo recentes desenvolvimentos na teoria dos sistemas nós vemos fechamentos e aberturas não mais como contradições, mas como condições recíprocas. A abertura de um sistema se baseia no fechamento autoreferencial, e um fechamento “autopético” fechado se refere ao ambiente. LUHMANN, Niklas. The Self-Reproduction of Law and its Limits. In: TEUBNER

própria linguagem e procedimento próprios ao sistema. O procedimento se tornou, então, a verdadeira essência do sistema. Nessa toada, Joas e Knöbl¹⁷ afirmam que o que define o sistema nervoso não é o neurônio (elemento), mas sim a forma com que ele recebe e transmite os estímulos nervosos, de acordo com o paradigma desenvolvido pelos trabalhos de Maturana e Varela.

A atribuição de uma lógica e procedimentos próprios ensejou a “virada autopoietica” na teoria de Luhmann. O teórico, então, operou uma radicalização ainda mais acentuada na sua teoria, qual seja, a completa independência na produção de sentido dos subsistemas funcionalmente diferenciados, como economia e política. Do ponto de vista de cada subsistema, os outros subsistemas são considerados ambiente e, por isso, podem somente estimular-se uns aos outros, e não determinar os procedimentos internos.

A independência sistêmica levantou sérias dúvidas sobre a possibilidade de a política conseguir influenciar outras áreas da sociedade. Os processos internos e a evolução sistêmica são atividades intimamente ligadas à sua lógica interna, e, por isso, seria impossível que o Estado conseguisse controlar de forma a determinar, por exemplo, a economia, ou a produção artística da sociedade.

A virada autopoietica também trouxe outra ideia essencial ao entendimento deste estágio mais avançado da teoria de Luhmann, que seria a noção de “temporalização radical da noção de elemento”¹⁸. Para Luhmann, essa nova propriedade enuncia que os elementos (menor unidade) do sistema não podem ter duração e, conseqüentemente, devem ser constantemente reproduzidos para continuarem existindo.

Nessa linha, a nova propriedade dos elementos sistêmicos exclui a possibilidade do ser humano (ator social) ser a unidade elementar dos sistemas sociais. As comunicações assumiriam o papel de unidade elementar, e satisfariam

Gunther (Org). **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 111-150). Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 113

¹⁷ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social: vinte lições introdutórias**. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 299

¹⁸ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social: vinte lições introdutórias**. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 300

os requisitos da noção de temporalização radical do elemento. Essa ideia parece ser totalmente contraintuitiva, porém, deve-se ter em mente que, apesar de a comunicação ser dependente dos sistemas psicológicos, não há maneiras de acessar a mente dos atores, o que nos leva à necessidade de dar importância primordial à comunicação na constituição do que entendemos por realidade, mais precisamente ao que é efetivamente comunicado e aos efeitos da disseminação de significado¹⁹.

A constante reprodução dos significados emanados da linguagem é o que define os sistemas sociais e psicológicos. Nessa lógica, a diferenciação sistêmica ocorre quando um sistema constitui uma nova forma de produção de significado, em outras palavras, um novo código para produzir os significados que devem emergir no contexto específico do sistema através da comunicação.

A interpretação das comunicações como unidade elementar se mostra mais adequada do que a colocação do indivíduo neste papel também pelo fato de conseguir aplicar uma maior diversidade de sentidos às ações e aos próprios indivíduos. Estes estão imersos nos contextos de vários sistemas, transitando entre comunicações políticas, econômicas, jurídicas e artísticas num piscar de olhos. Assim, colocar essas manifestações de sentido para comporem os sistemas consegue captar toda uma diversidade e dinamicidade que a interpretação do indivíduo como elemento não consegue, ou consegue através de um modelo de cisão teórica do indivíduo (teoria dos papéis).

No entanto, a teoria dos sistemas de Luhmann consegue captar de maneira muito mais convincente o amálgama de significados que constituem a cognição da realidade, pois demonstra o denominador comum do processo cognitivo dinâmico humano (alívio do fardo) que, no final das contas, dá origem aos sistemas. Já a teoria dos papéis parece dividir o sujeito em diversas expectativas de diferentes categorias (expectativas profissionais, familiares, consumeristas e outras) de maneira a tornar mais clara a ordem das suas ações, o que engessa a ação do indivíduo e previne a possibilidade de condutas mais criativas e inesperadas.

¹⁹ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 301

A substituição de ator por comunicação, e ação por significado representou um passo importante para a alteração do conceito de sociedade. Tendo em vista que os meios de comunicação estão quebrando as barreiras do espaço, pode-se falar em termos de sociedade global, e também pode-se superar o conceito de Estado-nação. Afinal, para Luhmann, a ação é apenas uma atribuição, ou seja, um processo que ocorre no seio do sistema ao qual se atribui a um indivíduo e se dão por qualquer motivação.

3: O processo evolutivo no Funcionalismo de Luhmann

Cabe, neste momento, o retorno ao tema da evolução social, agora sob a perspectiva de Luhmann. De acordo com Neves²⁰, a teoria sistêmica de Luhmann percebe a evolução como uma formação de estruturas novas, que antes eram vistas como desviantes, ou seja, a normalização do anormal. Presumimos que, no caso de incorporação de estruturas novas diretamente conflitantes com estruturas antigas, o sistema realiza um esforço organizacional para se livrar dos conflitos, o que pode significar, em alguns casos, abrir mão das estruturas antigas.

O processo evolutivo é composto por três etapas²¹: variação, seleção e restabilização. A **variação** ocorre quando algum elemento estranho ao sistema é reproduzido, por exemplo, quando se comunica que algo ilegal deve ser legalizado, ou quando se comunica alguma possibilidade nova que antes não era visualizada. O elemento variante é, então, uma ocorrência inesperada. Depois desta primeira etapa, deve ocorrer a **seleção**, ou seja, a comunicação desviante, para gozar do status de estrutura, não ser considerada improvável e continuar sendo reproduzida, deve ser selecionada. No entanto, mesmo selecionada, a estrutura ainda deve sofrer um processo de sedimentação para ganhar durabilidade no sistema social. Este último processo é a **restabilização**.

Retomando-se um pouco o tom da discussão feita na primeira seção deste trabalho, é importante diferenciar este modelo de evolução social de outros

²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 1

²¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 2

modelos evolutivos, tanto sociais como biológicos. A evolução do funcionalismo de Luhmann não comunga de algumas das características paradigmáticas do modelo de Charles Darwin, como o dogma da seleção natural, cuja importância na teoria de Darwin é determinante e, na de Luhmann, assume um papel coadjuvante, pois não é a capacidade de adaptação ao ambiente que caracteriza a evolução, mas sim uma gama de processos internos que incorporam novos elementos às suas estruturas. Os estímulos externos influenciam a evolução apenas na medida em que são captados pelo sistema e influenciam de alguma forma o ambiente interno.

Outro aspecto de notável diferença descrito por Neves²² é que os modelos evolutivos genéticos pressupõem uma evolução através de uma “emergência de baixo”, pois os organismos biológicos geneticamente determinados, aos quais nos referimos como seres humanos, são a unidade elementar, e a união destes forma uma comunidade humana que vai ser o palco das mudanças evolutivas. No modelo de Luhmann, no entanto, as unidades elementares são as comunicações, ou seja, nem o organismo, nem a consciência (sistemas psicológicos), são considerados determinantes, mas apenas condicionantes. Nesse sentido, a evolução ocorreria através de uma “emergência de cima”, pois ela ocorre no campo comunicativo.

Também importa esclarecer, como já pincelado na diferenciação entre a evolução do funcionalismo parsoniano e o luhmanniano, não há uma teleologia da evolução. Em outras palavras, a evolução social não serve a um propósito, como, por exemplo, o de um aperfeiçoamento da sociedade. O ritmo da evolução, então, é ditado pela dinâmica relação entre sistema e ambiente, de forma simultânea com os procedimentos internos, o que pode gerar uma gama infinitas de relações de causalidade que levam aos processos de variação, seleção e restabilização.

Neves²³ ainda destaca que na modernidade, devido à complexificação dos sistemas causadas e pela consequente diferenciação, há o advento de sistemas parciais, que, por sua vez, são responsáveis por uma fragmentação estrutural, em

²² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 5

²³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. p. 10 e 11

outras palavras, os sistemas parciais cada vez mais desenvolvidos trazem um conjunto de estruturas (expectativas) particulares ao seu ambiente interno. A diferenciação e especialização sistêmica, em última análise, leva a instâncias diferentes de evolução de cada sistema parcial, processos evolutivos estes internos a cada sistema, mas que devem ser captados e interpretados pelos demais. Esse tipo de evolução concomitante é típico da modernidade vivenciada hoje.

A Reforma Trabalhista deve ser encarada nesses termos teóricos da evolução da teoria funcionalista de Luhmann. Alguns problemas práticos que ocorreram através da aplicação da legislação trabalhista por considerável período de tempo transpareceram necessidades de ajustes que deveriam ser realizados. É claro que atribuir esta única causa à Reforma Trabalhista seria incorrer nos mesmos erros de quem atribui apenas uma causa à ocorrência de um fenômeno complexo, por isso a necessidade de desenvolver os contornos do Funcionalismo de Equivalência.

Taxar as mudanças causadas pela reforma apenas por uma fração de seus possíveis efeitos pode esconder um contexto muito mais complexo e cheio de pontos de vista diferentes. Por isso a necessidade de realizar um cotejo analítico menos influenciado por correntes ideológicas ou argumentos jurídicos já sedimentados (estruturas pré-existentes). A teoria de Luhmann, no entanto, ao mesmo tempo em que nos leva a criar uma curiosidade sobre a complexidade dos fenômenos, também nos desilude da pretensão de entender essa complexidade por inteiro.

Nesse sentido, tentar-se-á entender a reforma trabalhista não como uma tentativa de invasão do sistema jurídico pelo seu ambiente, mas o resultado de estímulos diversos que podem ter diferentes causas e lógicas, e, ao mesmo tempo, não se pode isolar alguns desses estímulos e aplicar importância preponderante a eles.

4: De uma teoria social para um conceito de Direito

Para iniciar uma discussão direcionada sobre o que é o conceito de direito para Luhmann, temos de retomar o tema sobre como o ser humano depreende o mundo ao seu redor; cada ser humano, através dos seus sentidos e de sua cognição, recebe estímulos do ambiente e os interpreta. Ao longo da vida, um conjunto de escolhas e estratégias acaba sendo bem-sucedidos na tarefa de interação entre cognição e ambiente e, por isso, são selecionados e ganham estabilidade, que se mantém, mesmo frente a alguns desapontamentos.

Os sentidos (sentido aqui tratado como elemento de semântica), também formados através de seleções, que se formam pela interpretação do mundo seriam as âncoras das expectativas normativas. No entanto, a discussão toma outras proporções quando nos atentamos ao fato de que cada cognição possui uma visão diferente do mundo. Nesse sentido, para cada agente, temos mais complexidade, mais contingência, mais sentidos e mais construções de expectativas. E, devido à capacidade de comunicação, a cada um é possível a captação das complexidades alheias. Dessa maneira se apresenta o problema da dupla contingência, pois cada agente, através dos sistemas, deve dar conta de reduzir a complexidade diante das possibilidades própria e das alheias.

Nesse diapasão, não se pode entender o comportamento humano através de expectativas comportamentais de primeira ordem. De suma importância também é o entendimento das expectativas de ordens superiores, em outras palavras, as expectativas de expectativas. Ter a possibilidade de prever o que os outros esperam é um passo imprescindível rumo à redução de complexidade e, ao mesmo tempo, um grande desafio em sociedades modernas e plurais. As expectativas normativas, ou seja, vinculadas às normas, além de possuírem uma significativa resistência temporal, necessita ser também resistente aos desapontamentos. A resistência contra a falha no cumprimento das expectativas ocorre através de sanções, positivas ou negativas, de variados graus.

A adoção da orientação normativa libera o fardo da necessidade de utilização das expectativas cognitivas. Nesse sentido, com o crescimento da

quantidade de comunicações diferenciadas e o advento de uma modernidade complexa, o contínuo aumento de complexidade do sistema jurídico é um fenômeno completamente compreensível, tendo em vista que o incremento na estrutura deste (aumento de complexidade no âmbito interno) ajuda a reduzir a complexidade do ambiente. Afinal, o direito, de acordo com Luhmann²⁴, tem a função de conciliar as expectativas comportamentais com as expectativas de segunda ordem (e de ordem superior).

Já neste ponto, cabe trazer à tona a função (e consequentemente o conceito) de estrutura. A estrutura, segundo Luhmann²⁵, é uma comunicação cuja utilização tornou-a objeto de constante seleção. A seleção, então, torna-se uma âncora nos processos comunicativos, tornando-se, então, uma espécie de verdade consensual, o que alivia o fardo na avaliação das comunicações. É claro que a suposição coletiva de algumas estruturas nem sempre são as alternativas que melhor representam a “verdade”, ademais, no momento em que se opta por certas estruturas, outras, imediatamente, poderão ser obscurecidas, o que é necessário para a redução de complexidade.

Esse obscurecimento caracteriza a conversão de complexidade em capacidade de desapontamento. A partir desses conceitos, é possível analisar a racionalidade das estruturas, pois a sua complexidade deve estar equilibrada com os desapontamentos que ela causa. Nessa linha, uma estrutura eficiente consegue manter baixos níveis de complexidade e, ao mesmo tempo, não gerar muitos desapontamentos.

As estruturas próprias do sistema legal, quais sejam, as expectativas normativas, possuem características particulares que as diferenciam de expectativas cognitivas. Estas estão relacionadas à capacidade de adaptação, pois caso haja uma quantidade considerável de desapontamentos, os indivíduos serão compelidos a trocar suas expectativas a outras mais adequadas, já as normativas estão ligadas à segurança e à integração social das expectativas.²⁶

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 48

²⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 53 e 54

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 58

Luhmann²⁷ também descreve mais cinco diferenças entre as expectativas cognitivas e as normativas, como o fato de a desobediência ao comando cognitivo não ser levada a sério, ou seja, o potencial ofensivo não acarreta um risco à sobrevivência sistêmica. A próxima diferença descrita é a inexistência de sanções vinculadas ao desvalor da conduta cognitivamente estranha, o que pode ocorrer é a imposição de um estigma de “excêntrico” ao agente, que, dependendo da gravidade da conduta, pode ser taxado de outras formas mais graves, como doente mental. Desse modo, a divergência não é combatida, mas sim colocada como um “desvio expectável”, em outras palavras, o fenômeno continua sendo estranho, porém, não mais é uma surpresa²⁸. A terceira diferença consiste na não universalidade dos padrões valorativos, ou seja, dependendo dos agentes, existem diferentes expectativas cognitivas, ao contrário das normativas, que são universais. A quarta diferença é que não há uma perspectiva futura sobre a normalização dos desvios cognitivos, pois o seu tratamento ocorre por inteiro no tempo presente, além de não haver uma aplicação de sanção no tempo futuro. Por fim, a quinta diferença é que, nem o desvio cognitivo, nem a norma não jurídica são tipificados e denominados. Nesse sentido, a falta de uma rotulação clara, como ocorre, por exemplo, com o roubo, dificulta o fácil reconhecimento e diminui o sentimento de ameaça que se tem em relação a esses comportamentos. Afinal, os desapontamentos são processados subjetivamente.

Os desapontamentos advindos de quebras de expectativas cognitivas, nessa linha, muitas vezes são interpretados como exceções possíveis às regras. A existência deste esquema de regra e exceção, associada com uma complexa miríade de previsões singulares de desvios considerados como inofensivos constrói uma grande resistência aos desapontamentos. Nesses termos, as estruturas cognitivas também ganham uma estrutura segura, ainda mais quando os sistemas alcançam um elevado grau de diferenciação e, com isso, conseguem reduzir a complexidade do ambiente a ponto de prever as convenções e seus desvios.

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 61

²⁸ TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 46

Após essas considerações, pode-se afirmar com certa segurança de embasamento teórico que o sistema jurídico possui a função de processar as expectativas normativas. Estruturas estas que possuem elevada resistência temporal, não se enfraquecem com a ocorrência de desapontamentos (mesmo que eles ocorram com certa frequência), e tem um alcance universal, pois a mesma expectativa regula a todos os indivíduos, a não ser se haja exceção na própria lei.

4.1: O papel das cortes judiciais trabalhistas no sistema jurídico

De acordo com Luhmann²⁹, as cortes de justiça estão alocadas no centro do sistema jurídico. A sua função principal é o exercício da competência universal para a resolução de conflitos, utilizando-se das normas legais presentes no sistema jurídico, sendo, ainda, impossível que se afaste de sua responsabilidade de dar uma solução para eles, como enuncia o princípio do *non liquet*. A principal característica da atuação das cortes é o seu poder-dever de resolver os problemas através de leis e, em casos em que seja impossível resolver através da interpretação literal, de utilizar outros fundamentos, como princípios³⁰, analogias e precedentes.

O exercício criativo que os julgadores exercem, em alguns casos, para poder dar uma resposta aos jurisdicionados é uma necessidade diante da obrigatoriedade de se dar uma resolução aos problemas jurídicos. O paradoxo criado no sistema jurídico pela obrigatoriedade de se prolatar uma decisão e a inexistência de resposta é o que fundamenta, num nível mais profundo, a existência de cortes judiciais, pois é necessária a existência de agentes que transformem o indeterminado em determinado³¹.

No entanto, o sistema jurídico não se resume somente ao que ocorre nos tribunais. A periferia do sistema legal está povoada pela aplicação privada do direito, o que corresponde à maior parte do sistema. O sistema jurídico cumpre sua função quando, por exemplo, partes aperfeiçoam um contrato, ou quando alguém deixa de realizar uma infração por causa da norma. Não há, no entanto, uma obrigatoriedade na atividade jurídica da periferia, ou seja, ninguém está obrigado a celebrar

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 286

³⁰ LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 288

³¹ LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 292

contratos, ao contrário das cortes, que são obrigadas a julgar e, em última análise, a criar normas através da interpretação.

A questão da hermenêutica jurídica em Luhmann adotou contornos singulares. O trabalho interpretativo, que, no final do procedimento, faz parte do processo de criação de leis, deve ser feito através da metodologia adequada e obedecendo a padrões substantivos, ademais, o próprio conceito de organização³² é essencial para entender-se a capacidade das cortes de exercerem o seu ofício. Os juízes devem ter em mente quais os papéis dos sistemas externos, como a política, na questão da produção legislativa, para poder adequar os efeitos das suas decisões. O poder e as proteções dadas aos agentes do judiciário para que estes exerçam o complexo papel de dizer o direito devem ser seguidos, então, de uma orientação organizacional e procedimental acuradas.

Ainda há falar na derrogação do poder do judiciário causado pelo princípio da inércia judicial. Ora, apesar de o sistema legal ter a capacidade de interpretar as normas, ou até de declará-las inconstitucionais, o exercício deste poder somente pode ser feito caso a jurisdição seja provocada.

Transpondo esta discussão para a jurisdição trabalhista brasileira, especificamente a parte que trata dos dissídios individuais, em vistas de discutir as suas peculiaridades, temos que a competência da jurisdição abarca a resolução de uma área da periferia muito singular: a que traduz as relações de trabalhos em contratos de trabalho, sendo estes escritos ou tácitos. Observa-se que nem todas as relações de trabalho possuem contornos estritamente legais, o que pode dar origem a litígios judiciais, no entanto, como as normas são expectativas estabilizadas contrafaticamente³³, a existência de relações de trabalho à margem da legalidade não retira a vigência da norma.

Tendo em vista que a matéria da qual a justiça trata, pelo menos no âmbito individual, é a relação de trabalho, é lógico dizer que há grandes ligações desta área do direito com o sistema econômico, pois este depende da força

³² A organização a que nos referimos é a organização do Estado, mais precisamente no sentido da distribuição de competências entre os três poderes.

³³ LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004. 1983. p. 57

produtiva braçal e intelectual dos membros da sociedade para poder produzir os bens de consumo necessários para a sobrevivência, além de todos os outros bens que a sociedade concebe e acredita serem economicamente viáveis.

Nessa linha, o conteúdo material da justiça do trabalho adquiriu características regulatórias específicas no tempo em que tratou de julgar os litígios de sua competência. O princípio protetivo é um dos melhores exemplos para ilustrar as diretivas com que os juízes interpretam as normas materiais trabalhistas, proteção esta que também se reflete no âmbito processual através do princípio da proteção mitigada.

O princípio protetivo, ou tutelar, tem como lógica o pressuposto de que há desigualdades entre obreiro e empregador que devem ser retificadas ou atenuadas no plano jurídico³⁴. A proteção se demonstra em diversas partes do sistema jurídico, desde as próprias normas, até a predominância de diretivas interpretativas que beneficiem o trabalhador. Com isso, as normas do direito do trabalho regulam, no âmbito do direito individual, as relações de trabalho através de uma lógica de amortecimento das desigualdades.

O que se pretende neste ponto da discussão é a mera indicação da lógica de tratamento desigual apresentada pelo direito do trabalho, por partir de um pressuposto de desigualdade pode gerar incompatibilidades procedimentais com o Estado Democrático de Direito identificado na modernidade, principalmente quando este pressuposto influencia de forma tão contundente a interpretação das normas jurídicas, que já foram criadas com esse espírito. Decisões judiciais que não medem com bastante cuidado o remédio a ser aplicado para contrapor a patente desigualdade existente entre ricos e pobres no Brasil pode levar a uma deslegitimação da Justiça do Trabalho.

Além deste possível problema apontado no âmbito interno do sistema jurídico, ainda há outra questão mais ampla a ser tratada: o problema de modelos de regulação que não conseguem respeitar a independência da lógica interna dos

³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 201

sistemas³⁵. Em outros termos, o fenômeno da regulação pode dar origem a uma corrupção sistêmica, pois a lógica interna de um sistema pode vir a corromper a lógica do outro.

Nas palavras de Gunther Teubner³⁶, um dos modelos estratégicos que tentam resolver o problema da crise regulatória ocorrida no século XX é o modelo de **Implementação**. A incapacidade da sociedade de lidar com alguns problemas é tratada como um problema de efetividade dos sistemas. Com isso, o sistema político chama para si a responsabilidade de criar mais medidas de bem-estar social para amortizar os efeitos negativos que a modernidade trouxe para a sociedade. Nesse sentido, o direito acaba adotando um viés mais político, no sentido de controlar a aplicação das medidas do do Estado de Bem Estar Social, sem, no entanto, pelo menos num primeiro momento, perder a sua independência. A mobilização de todos os sistemas sociais gira ao redor da noção de necessidade de aumento da efetividade das medidas sociais.

Por outro lado, Teubner também defende que o modelo da Implementação gera um trilema regulatória, pois ele ultrapassa os limites que um acoplamento estrutural possui e acaba gerando a colonização de sistemas sociais entre si, ou seja, a lógica interna dos sistemas é contaminada pela lógica dos sistemas no ambiente, o que inevitavelmente atrapalha os sistemas na realização de suas funções.

O trilema regulatório é descrito a partir de três consequências³⁷; a **primeira** é chamada de incongruência, que é caracterizada pela incompatibilidade da ação regulatória com os processos internos do sistema regulado. Por exemplo, quando uma lei não causa nenhum tipo de influência nas expectativas e nos comportamentos, como ocorre no fenômeno descrito como legislação simbólica. O problema da incongruência repete a questão da inefetividade do Estado de Bem Estar Social.

³⁵ TEUBNER, Gunther. **After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law**. In **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 299-326). Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 311

³⁶ TEUBNER, Gunther. **After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law**. In **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 299-326). Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 311

³⁷ TEUBNER, Gunther. **After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law**. In **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 299-326). Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 310

A **segunda** consequência do trilema é a super-legalização da sociedade, fenômeno que causa a colonização do sistema regulado pelas lógicas interna do direito. Nesse cenário, a legislação consegue efetivar a proposta regulatória para o qual foi feita, porém, o sistema alvo acaba tendo suas estruturas internas comprometidas. Como exemplo, podemos citar o efeito da legislação trabalhista, em conjunto com a atuação da Justiça do Trabalho, no sistema econômico.

A numerosa litigância, cujas causas serão discutidas posteriormente nessa monografia, e a forma com que elas são decididas, impossibilita o empresário de realizar o cálculo do custo com contratação, pois o fim do contrato de trabalho, muitas vezes, não representa os custos finais que o empreendedor vai ter com aquele empregado, mesmo que tenha efetuado esforço acima da média para adimplir com suas obrigações trabalhistas.

Esse é apenas um dos aspectos em que a lógica do sistema econômico é derogada. Um ambiente empresarial saudável necessita de um ambiente estável para a realização do cálculo de riscos, no entanto, as normas jurídicas trabalhistas, em parte por causa da sua complexidade, e em parte por causa da atuação tutelar, eleva a complexidade do cálculo de riscos com contratações a níveis que beiram a imprevisibilidade. Afinal, o empresário que contrata só vai ter condições de saber o real custo de um empregado quando, ou o prazo prescricional trabalhista correr, ou quando findarem as ações trabalhistas que foram ajuizadas. Tal consequência é um desvirtuamento da lógica do sistema econômico em prol de uma política regulatória que toma para si uma grande fatia da responsabilidade de equalizar as desigualdades entre ricos e pobres.

A **terceira** face do trilema é a super-socialização do direito. Este problema tem como marca a captura do sistema jurídico, ou pela política, ou pelos sistemas regulados. Em outras palavras, o direito pode ter seus códigos internos corrompidos e começar a funcionar a partir de códigos estranhos. Por causa desse “desvio de finalidade”, as estruturas internas responsáveis pela produção dos elementos normativos acabam ficando sobrecarregadas.

A estratégia de Implementação sofre com a incapacidade que os sistemas possuem de entenderem-se uns aos outros. Afinal, uma decisão política que se transformasse em ato legislativo, para depois ser incorporada ao sistema jurídico para, enfim, chegar aos sistemas regulados passa um processo em que várias linguagens devem interpretar as estruturas e, dessa maneira, realizar a atividade sistêmica. Nessa toada, para adotar uma medida regulatória efetiva, é necessário um profundo conhecimento³⁸ sobre como funcionam os códigos internos de cada sistema e quais seriam os efeitos em cadeia linear dentro de cada processo sistêmico para cada estímulo externo (modelo de causalidade linear³⁹). No entanto, deter esse tipo de conhecimento social é impossível, mesmo para as ciências sociais⁴⁰.

Para Teubner, a melhor estratégia para combater a crise regulatória é o modelo de **Controle da Autorregulação**. Nesse sentido, o direito não mais exerceria um papel regulatório direto sobre os outros sistemas, o que permitiria o pleno funcionamento das suas estruturas autopoieticas. Na prática, a regulação não mais determinaria a produção estrutura, mas, agora, apenas aplicaria estímulos para que os sistemas se conforme da maneira que suas lógicas internas acharem adequadas. Tendo essa necessidade de independência em mente, esse paradigma jurídico preza por um refinamento na procedimentalização do sistema jurídico. O foco nos procedimentos ocorre para que não haja a indesejável determinação de um sistema por outro, mas que haja, simultaneamente, a um ambiente comunicativo que permita uma discussão sobre o processo de tomada de decisão entre os atores políticos e sociais.

A utilização do critério da preservação da auto-referencialidade serve para demonstrar uma face problemática do paradigma da Implementação. Problema este que está diretamente ligado com o atual estado do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, que comunga de valores altamente reguladores cujos contornos podem ser associados à tentativa de dar mais efetividade ao controle das relações de

³⁸ TEUBNER, Gunther. **After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law**. In **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 299-326). Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 312

³⁹ Ibid

⁴⁰ Ibid

trabalho. Ademais, o judiciário trabalhista ainda tomou para si o papel de agir como protagonista na criação da regulação através da criação de um grande corpo de leis pretorianas (precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais).

5. Metodologia

A metodologia utilizada nesse trabalho é o estudo de caso e um método qualitativo de entrevista a seis magistrados do TRT 22. Os dois métodos serão aplicados em conjunto para primeiro, através do estudo de caso, tentar identificar imperfeições na aplicação da teoria processual trabalhista na resolução do caso concreto selecionado, comparar os problemas possivelmente encontrados com as motivações de alteração dos dispositivos legais relacionados à prestação jurisdicional problemática descritas no teor do Projeto de Lei n. 6.787/2016, e analisar se as mudanças legislativas têm a capacidade de corrigir as imperfeições encontradas.

Nesse sentido, o caso escolhido foi o processo nº. 62/2011, julgado na Vara do Trabalho de Oeiras. Esta reclamação foi ajuizada por um trabalhador sazonal que laborou no estado de São Paulo e, após o fim dos serviços, voltou para o seu estado de origem e ajuizou reclamação trabalhista requerendo extensa gama de pedidos. O contexto desta ação trabalhista abrirá espaço para a discussão de dois temas abordados na reforma trabalhista, quais sejam, a condenação ao pagamento de custas para os reclamantes que faltam à primeira audiência, mesmo que beneficiários da gratuidade de justiça (art. 844 da CLT) e a distribuição do ônus da prova (art. 818 da CLT).

O parâmetro que será utilizado para analisar as controvérsias serão os parâmetros dos sistemas envolvidos, ou seja, tentar-se-á analisa-las através dos códigos econômicos e jurídicos e políticos (no que toca à parte referente ao legislativo). No entanto, a racionalidade jurídica, ou a capacidade de diminuir a complexidade através de estruturas do sistema jurídico, será a predominante, porquanto estar-se a tratar de expectativas normativas.

Outras fontes interessantes de elementos que podem nos ajudar a pensar em causas que levaram à reforma trabalhista são as decisões que o STF está prolatando no âmbito de diversas ações que questionam a constitucionalidade de dispositivos da reforma. Sobre a questão da discussão do acesso à justiça, que ocorre no escopo do questionamento da constitucionalidade da condenação dos reclamantes ao pagamento de custas, o pleno do STF já começou a emitir os votos da ADI 5.766, que trata sobre essa questão. Com isso, a leitura do conteúdo dos votos pode ajudar a entender o cenário que motivou a reforma.

Em segundo lugar, pretende-se usar as entrevistas para tentar entender os posicionamentos de magistrados trabalhistas do TRT 22 em relação aos problemas encontrados, e se os artigos analisados da Reforma Trabalhista representaram uma evolução com efeitos positivos ou negativos para a Justiça do Trabalho. Nessa linha, as perguntas da entrevista foram construídas após a escolha do caso concreto e foram feitas para esclarecer a opinião dos magistrados em relação a pontos sensíveis das controvérsias, como a possibilidade de se negar a produção de prova testemunhal por carta precatória, quando esta prova seria essencial na procura de uma base fática mais confiável, além de algumas perguntas para tentar entender a consciência organizacional em relação à Justiça do Trabalho. Esta etapa da pesquisa é essencial para entender os posicionamentos que os magistrados adotam e, com isso, entender os critérios interpretativos dos juízes que compõe o TRT 22.

Nesse sentido, o estudo pretende testar a validade do ponto de vista que enuncia que a Reforma Trabalhista foi uma mudança legal ocorrida apenas para tolher os direitos dos trabalhadores, ou se é possível identificar problemas na aplicação das normas jurídicas que foram tratados.

6. Estudo de caso

Tendo explicitado o recorte teórico que permeia o presente trabalho monográfico, passar-se-á a analisar um fenômeno, ou, mais precisamente, um de seus aspectos, que é de suma importância para o Direito do Trabalho, qual seja, a

lei 13.467/2017, também conhecida como reforma trabalhista. A referida mudança legislativa está causando grande comoção entre os diversos operadores do direito do trabalho, isso decorre não por causa de uma mera alteração nas regras, mas porque afirma-se, por parte de alguns grupos de juristas, que a motivação por trás da edição da reforma foi a de tolher direitos da classe trabalhadora brasileira, o que seria um grande golpe contra a democracia brasileira.

Por outro lado, como advoga o suporte teórico apresentado por este trabalho, a construção de uma teoria causal de um processo sistêmico complexo, como a reforma legislativa em questão, apontando apenas uma causa determinante é problemática. Nesse sentido, tomando como suporte fático fatos jurídicos ocorridos antes da reforma, faremos um esforço teórico para encontrar outras possíveis causas para a reforma trabalhista e, também analisaremos a possibilidade de o tolhimento de direitos da classe trabalhadora ter sido uma dessas causas.

Os casos que servirão de fonte são os de trabalhadores sazonais que executavam seus serviços em estados do sudeste do país, retornavam à sua unidade federativa de origem, o Piauí, para passar os meses em que a indústria não necessitava dos seus labores e, nesse período de tempo, o obreiro ajuizava reclamação trabalhista no foro do local onde ocorreu a arregimentação do serviço, as varas do trabalho sob a jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região.

Importa frisar que a quantidade de reclamações trabalhistas desse tipo não apresenta mais números tão expressivos na atualidade, pelo menos no âmbito do TRT 22. Talvez em parte pela influência do Ministério Público do Trabalho em desestimular esse vínculo de emprego, tendo em vista que, dependendo da atividade, o trabalho pode ser extremamente desgastante para quem o executa e pode afetar a saúde do obreiro, como é o caso do corte de cana. Outro fator importante é a crescente mecanização das culturas, que reduz a quantidade de trabalhadores e, conseqüentemente, de reclamações.

Esse caso foi escolhido por abranger uma gama de matérias que se adequam ao objeto, como garantia de acesso à Justiça, paridade de armas, ônus da

prova e sucumbência. Todos esses temas foram afetados pela reforma trabalhista através da edição dos art. 818 e art. 844 da CLT, e alguns deles estão sendo discutidos no âmbito da Corte Constitucional brasileira, através da ADI 5.766, ainda em processo de votação até a presente data.

O enfoque que se dará nesta análise será fundamentado pela parte da teoria sistêmica que trata da legitimidade através do procedimento. Nesse sentido, analisaremos se as cortes trabalhistas, através de suas interpretações legais, estavam oportunizando, tanto à parte reclamante, como à reclamada, o direito de exercer a participação no processo judicial. Além disso, também discutiremos se as disparidades de tratamento entre reclamante e reclamado, da maneira como eram aplicadas, eram danosas à legitimidade da instituição julgadora na medida que possivelmente atuavam de forma antidemocrática.

6.1 Descrição do estudo de caso e questões legais pertinentes

O estudo de caso é uma das causas que serão genericamente descritas. Elas eram comuns no estado do Piauí há até poucos atrás. Como já descrito acima, empresas interessadas em trabalhadores para laborarem em lavouras, como, por exemplo a de cana-de-açúcar, ou a de laranja. Elas os procuravam nos estados do Nordeste e os contratavam para passar alguns meses do ano. A quantidade de meses poderia variar de caso a caso. Após a prestação dos serviços, os trabalhadores retornavam para os seus estados de origem, onde ajuizavam reclamações trabalhistas.

O entendimento da competência da justiça do trabalho, como já está definido há um longo período de tempo, permite o ajuizamento da reclamação trabalhista no foro do local da arregimentação do trabalhador, como elucida o acórdão prolatado pela SDI-1, do TST, no julgamento dos Embargos de Declaração no processo 73-36.2012.5.20.0012. Essa decisão foi muito importante para esclarecer a interpretação da regra processual de competência, que estava caótica após a emissão de entendimento pela 2ª turma de que o reclamante poderia, baseado no critério da hipossuficiência e no da garantia ao acesso à justiça, ajuizar a reclamação do seu domicílio em quase qualquer hipótese.

Tendo isso em mente, é legal a proposição da reclamação por parte dos trabalhadores sazonais onde foram contratados, caso lá tenham sido arregimentados, como ocorria na grande maioria dos casos. Por outro lado, isso causa um grande custo aos reclamados, pois é muito dispendioso a manutenção de assistência jurídica em vários estados das quais se originava a mão de obra. No entanto, os problemas não paravam somente no alto custo de constituir defesa num foro trabalhista distante do local da prestação do serviço, como veremos adiante.

6.1.1 Falta de compromisso no comparecimento em audiências

A justificativa de edição do art. 844 da CLT, presente no Projeto de Lei n. 6.787/2016 enuncia que:

“O art. 844 disciplina efeitos decorrentes do não comparecimento das partes em audiência. Nos termos vigentes, o não comparecimento do reclamante implica o arquivamento da reclamação, a qual poderá ser reapresentada de imediato por mais duas vezes sem qualquer penalidade; já o não comparecimento do reclamado acarreta a aplicação da revelia e a confissão quanto à matéria de fato

O tratamento dado ao tema pela CLT incentiva o descaso da parte reclamante com o processo, sabedora de que poderá ajuizar a ação mesmo se arquivada em mais duas oportunidades. Esse descaso, contudo, gera ônus para o Estado, que movimenta a estrutura do Judiciário para a realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes.

Sugerimos, dessa forma, algumas modificações nos efeitos do não comparecimento em audiência no Substitutivo.

A regra geral do *caput* do art. 844 é mantida, ou seja, arquivamento, no caso de não comparecimento do reclamante, e revelia e confissão, caso o reclamando não compareça.

Todavia, para desestimular a litigância descompromissada, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior. De mesmo modo, o artigo delimita a aplicação da revelia e admite a aceitação da contestação e de documentos apresentados quando o advogado da parte estiver presente.

Os dispositivos apresentados não cerceiam o direito de ação e atribuem, o devido custo processual para que o reclamante não aja irresponsavelmente”⁴¹

A supracitada justificativa aponta a litigância descompromissada como o motivador para a implementação da obrigatoriedade do pagamento de custas. Do ponto de vista procedimental, essa proposta faz sentido, tendo em vista que o Direito do Trabalho atribui grande importância para o princípio da celeridade processual, porquanto o ajuizamento de reclamações e a posterior falta do reclamante é um caso claro de desperdício de recursos do Judiciário. A parte autora que falta à audiência está usando um espaço na agenda da Vara do Trabalho que poderia ser utilizada por outro que não faltaria, o que também influi para criar vultosos prazos para marcação de audiência.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho⁴², o fato de o obreiro poder não comparecer à audiência inicial sem que se dê continuidade à *lide* é “uma espécie de favor legislativo”. Ora, mais correto não poderia estar o processualista, a regra processual demonstra um reflexo do princípio da proteção mitigada⁴³, pois ao trabalhador está sendo descrita uma situação processual mais vantajosa. Enquanto que o *caput* do art. 844 da CLT prevê que: “não-comparecimento do reclamado

⁴¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p 148

⁴² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p 148. p 152

⁴³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 125

importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”, o mesmo dispositivo define que: “o não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação”. Com isso, é claro que o legislador buscou arrefecer as consequências negativas do não comparecimento, em verdade, ele tirou um dos principais custos individuais que a máquina judiciária pode vir a cobrar do reclamante.

No entanto, apesar de a norma ter o condão de proteger o hipossuficiente, ela acabou abrindo espaço para o que o Ministro Luís Roberto Barroso, no voto da ADI 5.766, cuja gravação está disponível em sítio online⁴⁴, chamou de “litigantes aventureiros”. Estes seriam os que se arriscam a ajuizar ação trabalhista, mesmo sem possuir um pleito robusto, pois sabem que têm chances concretas de ganhar, pelo menos algum montante, devido à postura tutelar da justiça do trabalho, e, caso tivessem os pleitos negados, não teriam prejuízo algum, pois estariam isentos do pagamento das custas processuais e periciais e dos honorários. Tendo isto em conta, as normas cuja constitucionalidade foi questionada na referida ADI, quais sejam, art. 790-B, caput e §4º; 791-A, §4º, e 844, §2º, da CLT, foram editadas, de acordo com os atores do legislativo, para desestimular a “litigância aventureira”.

O Min. Barroso, ainda no seu voto da ADI 5.766, discorre de forma clara sobre o problema do excesso de litigiosidade no sistema jurídico brasileiro. Argumentou o julgador que há três motivos para que haja uma “litigiosidade excessiva” na Justiça do Trabalho, quais sejam, uma grande quantidade de empregadores que descumprem de forma comissiva suas obrigações, um grande volume de ações temerárias ajuizadas pelos empregados, e pela grande complexidade da legislação trabalhista, que acaba gerando confusão e equívocos em alguns casos de cumprimento de obrigações trabalhistas, erros estes que são corrigidos no judiciário.

A regra posta pelo parágrafo segundo do art. 844 da CLT, como dito logo acima, serve exatamente como um desestímulo ao ajuizamento de lides temerárias,

⁴⁴ Disponível no sítio online <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk&t=10s>

pois a existência de um ônus a ser aplicado é um desestímulo que pode ter efeitos no sentido de fazer a parte autora pensar se poderá se dedicar às obrigações atinentes ao ajuizamento de um processo e, em caso contrário, desistir do ajuizamento da ação. Ademais, essa alteração não possui o condão de afastar o obreiro do Judiciário, isso porque o parágrafo segundo condiciona o pagamento de custas à não apresentação, no prazo de quinze dias, de motivo legalmente justificável para motivar a falta. Ora, caso ocorra algum fato impeditivo de comparecimento, e este seja arguido, o juízo deve utilizar a razoabilidade para decidir se deve marcar a audiência para outro dia, ou se deve aplicar a condenação às custas, ou não. Por fim, somente o reclamante atuando com desídia é que deve ser condenado ao pagamento de custas.

Voltando ao caso concreto, no caso dos trabalhadores sazonais, havia ocorrência do ajuizamento de ações temerárias, algumas, inclusive, por incentivo de advogados. As hipóteses de falta podem variar, por exemplo, porque tiveram que voltar para os estados em que praticavam o trabalho sazonal, ou então faltavam por não terem conhecimento dos rumos do processo por má orientação do advogado. Enfim, é completamente válido, diríamos até recomendável, que o Estado não queira coadunar com a existência deste tipo de litigância descompromissada e adotar medidas que desencorajem esse tipo de postura na hora de litigar. Aliás, diminuir esse tipo de ação colabora com os litígios que realmente possuem uma razão de ser e cujos julgamentos acabam tomando mais tempo para ocorrerem por causa da maneira com que o judiciário trabalhista está alocando seus recursos. Para ilustrar esse custo social, o Min. Barroso citou, no seu voto, um estudo do IPEA apontando que, em 2015, 22,6% das ações trabalhistas foram arquivadas por dois motivos, ou pelo não comparecimento do reclamante, ou pela inépcia da inicial no caso de procedimento sumaríssimo.

Não obstante, apesar de termos reproduzido a argumentação do Min. Barroso sobre a existência de uma “excessiva litigiosidade” na esfera trabalhista, não concordamos com o argumento que pugna pela ocorrência deste excesso, pois quando se trata de promover justiça, falar em excesso de processos pode se tornar uma armadilha, pois, talvez, um grande número de processos traga um efeito

proporcional na correção de ilegalidades ocorridas nas relações de trabalho, com isso, o grande número de ações estaria justificado. Em outra mão, a Justiça de Trabalho pode ser considerada como menos ineficiente⁴⁵, pelo menos em termos de comparação com as Justiças Estadual e Federal. Para embasar esta última afirmação, é necessário analisar o trabalho estatístico chamado “Justiça em Números 2017”⁴⁶, distribuído pelo Conselho Nacional de Justiça.

De acordo com os dados do ano de 2016 (ano-base para a elaboração dos dados do Justiça em Números 2017), a Justiça do Trabalho (engloba-se aqui apenas o primeiro e o segundo grau da jurisdição) julgou 4.320.162 processos no referido ano-base e teve um orçamento de R\$ 17.046.594.014. Se dividirmos o orçamento total pela quantidade de processos julgados, averiguamos que o julgamento de cada processo traz um custo social, em média, de R\$ 3.945,82. Ao realizarmos a mesma conta com a Justiça Estadual e com a Federal, observa-se que o custo do julgamento de cada processo é de, em média R\$ 2.171,23 e R\$ 3.492,32, respectivamente. Outro dado importante para se analisar o custo social da Justiça é a arrecadação (recolhimento de custas, emolumentos, etc...) ⁴⁷ de cada um dos seus ramos. A Justiça do Trabalho arrecadou R\$ 3.413.676.642, o que representa uma amortização de 20% das suas despesas. Já a Estadual compensou 35% dos seus custos, e a Federal arrecadou 179% dos seus custos, sendo o único segmento que arrecadou mais do que gastou. Noutro laço, apesar de ostentar um custo substancialmente maior do que as outras duas jurisdições analisadas, a trabalhista também possui os menores prazos de julgamento, e uma organização jurisdicional distribuída difusamente ao longo de todo o território nacional, o que facilita a acesso à Justiça.

⁴⁵ A ineficiência aqui argumentada se trata de um maior custo social do julgamento de cada processo em relação aos outros ramos do judiciário. Não estamos argumentando que a Justiça do Trabalho é, como um todo, ineficiente, mas sim que os seus julgamentos custam substancialmente mais do que os dos outros órgãos analisados, o que torna o ramo trabalhista mais ineficiente em termos de alocação de recursos escassos para a execução de sua função institucional.

⁴⁶ O referido trabalho estatístico está disponível para download no sítio online: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>

⁴⁷ A descrição completa dos valores sob esta rubrica está localizada na página 56 do documento “Justiça em Números 2017”.

Em resumo, a Justiça do Trabalho é a mais célere das três⁴⁸ que foram comparadas, no entanto, ela também é a que possui o julgamento por processo mais caro e a menor amortização dos custos. As peculiaridades da jurisdição trabalhista que levam a esses números nos levam à conclusão de que ela merece uma grande atenção para evitar o desperdício de recursos escassos, tendo em conta que é a mais custosa, e, ao mesmo tempo, deve manter a celeridade e a proteção aos mais pobres que vem conseguindo efetivar. Nessa ótica, a adoção de medidas que visem o desestímulo de ações temerárias é recomendável, no entanto, os órgãos devem se atentar aos efeitos dessas medidas, por isso o sistema jurisdicional deve observar as estatísticas que se seguem às alterações legislativas para poder decidir sobre os temas controversos, como, no presente caso, os efeitos negativos que a condenação à multa por falta injustificada pode trazer ao acesso à Justiça.

Além do custo social de desperdício de tempo nas Varas do Trabalho, ainda se tem que destacar o custo individual dos reclamados, que muitas vezes têm despesas elevadas para envio de preposto e de advogado, ou para fazer uma correspondência entre escritórios. Por outra linha, a falta à audiência inaugural ainda pode constituir uma estratégia desleal por parte do reclamante, que, algumas vezes, falta de propósito porque sabe que o advogado da reclamada comparecerá à audiência, com isso, há chances de, num segundo ajuizamento, a parte ré não enviar patrono, o que ensejará a declaração de revelia e, quase que automaticamente, o ganho de causa para a reclamada.

Tal comportamento é inadmissível. O reclamante, em nenhuma hipótese, pode se aproveitar de uma vantagem processual para prejudicar a parte contrária de forma desleal. Em decorrência deste ato de má-fé, a parte reclamante pode transformar o seu direito de postular num prejuízo pecuniário significativo para a parte reclamada, independente de ela ter, ou não, direito ao recebimento de alguma parcela trabalhista.

⁴⁸ A comparação entre as Justiças Estadual, Federal e do Trabalho foi feita exclusivamente entre esses três órgãos pelo fato de estes órgãos serem os que apresentam um volume mais robusto de novos processos e de julgamentos

Além da possibilidade de ocorrência dessas condutas de má-fé, o reclamante ainda pode utilizar-se desta vantagem para tentar pressionar a formação de um acordo de quitação total homologado pelo judiciário. Em outras palavras, para não ter que gastar nada e correr o risco de ser condenado a pagar alguma parcela, mesmo que indevida, o reclamado pode sujeitar-se a aceitar um acordo de quitação quando já pode ter adimplido com todas as parcelas devidas ao obreiro.

Os cenários descritos aqui são diametralmente opostos aos que Luhmann descreve como os adequados na sua teoria sistêmica. O sistema legal, através da atuação conjunta entre legislação e interpretação das cortes, possibilita a criação de situações em que é mais custoso para uma parte se defender do que assinar acordos de quitação total, mesmo que ela já tenha anteriormente adimplido com todas obrigações.

Ademais, o sistema processual também permite que as ações arquivadas por não comparecimento gerem custos sociais e individuais que não serão ressarcidos. Em resumo, é economicamente mais viável para ambas as partes (litigantes aventureiros e reclamadas) adotarem uma conduta que as afaste do embate jurídico direto, pois o litigante aventureiro não possui um pleito robusto, mas pode ter sucesso devido a uma eventual revelia ou confissão ficta da ré, e a reclamada vai ter altos gastos com a defesa e ainda tem risco de haver condenação a pedidos cujo ônus da prova recai sobre ela, como horas extras no caso de empresa que possui mais de 10 empregados na folha de pagamento. Com isso, o ponto de equilíbrio a que se pode chegar é a realização de um acordo, que pode ser uma oneração injusta. Nesse sentido, não há um ambiente propício para a formação de comunicação entre os grupos políticos e sociais no sentido de resolver os conflitos de maneira a estabilizar as expectativas, mas sim uma guerra judicial entre os grupos que, no final das contas, é patrocinada pelo judiciário.

A atual sistemática de determinação de competência não consegue acabar com esse problema definitivamente, pois é importante dar ao trabalhador o direito de ajuizar a reclamação no local da arregimentação, pois é necessário garantir aos mais pobres o acesso à Justiça. No entanto, é plenamente possível

aplicar uma medida paliativa, como a punição aos que faltarem injustificadamente à audiência inaugural.

6.1.1.1 Posição dos Magistrados do TRT 22 sobre a influência das alterações do art. 844 da CLT no direito ao acesso à justiça

Quase todos os entrevistados responderam que acreditam que a alteração no art. 844, § 2º da CLT, foi negativa, pois representou uma contradição com o princípio do livre acesso à justiça. Alguns deles, inclusive, alegaram acreditar que o referido dispositivo fere a Constituição Federal⁴⁹. Outro ponto interessante a ser mencionado é que um dos entrevistados alegou a desnecessidade da regulação de nova punição, pois já há o instituto da litigância de má-fé, apesar de mesmo a aplicação deste instituto ser problemática, tendo em vista a presunção de boa-fé no ajuizamento das ações trabalhistas. Ora, a aplicação da litigância de má-fé, neste caso, realmente apresenta uma aplicação problemática e de difícil comprovação, o que esvazia completamente a utilidade deste instituto para desestimular aqueles que estão litigando de forma descompromissada.

As entrevistas revelaram um consenso sobre o aumento da dificuldade de acesso ao judiciário que o art. 844 da CLT pode causar. No entanto, apenas um dos

⁴⁹ De acordo com Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, “Pontue-se que determinar o pagamento das custas pelo trabalhador faltoso à audiência inaugural relativa a processo em que figura como reclamante é, sem dúvida, um dispositivo, em si, válido, regra geral. O que não se mostra válido, porquanto manifestamente inconstitucional, é a extensão desse encargo para o beneficiário da justiça gratuita, pois este está protegido por um direito e garantia de natureza e autoridade constitucionais. Nesse quadro, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do novo § 2º do art. 844 da CLT conduz à conclusão de que o dispositivo atinge, sim, todos os reclamantes injustificadamente faltosos à audiência inaugural, salvo aqueles que o Poder Judiciário declarar serem beneficiários da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, CF). A mesma interpretação incide sobre a regra explicitada pelo novo § 3º do art. 844 da CLT. Ali se estabelece que o pagamento das custas mencionadas no § 2º do art. 844 da Consolidação cumpre o papel de requisito intransponível (“condição”) para a propositura de nova demanda. Entretanto, tal restrição não pode atingir o beneficiário da justiça gratuita, obviamente, desde que assim declarado pelo juiz do trabalho, por ser ele isento do pagamento de custas no Poder Judiciário da República e da Federação (art. 5º, LXXIV, CF). O requisito do § 3º, a propósito (denominado de “condição”, na linguagem da Lei), afronta também o princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição, imantado pelo art. 5º, XXXV, da CF/88. Isso porque condicionar o acesso à jurisdição ao pagamento de valores monetários ao Estado, relativamente a pessoas humanas beneficiadas pela justiça gratuita (portanto, pessoas humanas pobres, no sentido da ordem jurídica), é negar o amplo acesso à jurisdição a um largo segmento de seres humanos pobres do País.” DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. p. 345. Esta é a tônica da argumentação dos que defendem a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos.

magistrados chamou atenção para o fato de que a lei elide a obrigação do pagamento de custas caso o reclamante justifique a falta e possibilita a remarcação da audiência. Este mesmo entrevistado foi o único que viu a mudança do § 2º do art. 844 da CLT como uma mudança positiva, pelo fato de o dano causado pela dificuldade de acesso à justiça ser mitigado pela possibilidade de justificação da falta, e pela possibilidade de “evitar abusos”. Por fim, o referido entrevistado ainda mencionou que percebeu “uma maior preocupação da parte autora em comparecer à audiência ou mesmo justificar a presença”.

A análise dos efeitos da mudança legislativa fica prejudicada com a ausência das estatísticas oficiais que retratem a situação por um tempo prolongado. No entanto, é seguro afirmar que há varas em que os magistrados não estão aplicando alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, e, por isso, a eficácia da norma fica prejudicada. Nesse sentido, o único magistrado que disse ter achado a mudança como positiva foi o único que identificou alguma mudança de comportamento nos jurisdicionados, já os outros afirmaram não terem sentido diferenças. A irregularidade na aplicação da norma provavelmente mascarou os efeitos que ela poderia causar nas Varas Trabalhistas, o que prejudicou a análise, pois só com a plena eficácia poder-se-ia identificar se ela teve efeitos no sentido de diminuir as faltas ou não, ou pelo menos de uma maior preocupação em justificar a ausência.

Afinal, as entrevistas demonstraram que todos os juízes acreditam que haverá efeitos maléficos por causa da condenação ao pagamento de custas regulada pelo art. 844 §§ 2º e 3º da CLT. Em outra mão, ainda não há dados suficientes para fazer um sopesamento entre a inibição de lides temerárias, estimada pela redução de arquivamentos por faltas à audiência inaugural e o afastamento de ações legítimas por medo de condenação a custas, ou pela impossibilidade de ajuizamento por falta de pagamento.

6.1.2 Probabilidade de ter o pedido de produção de prova testemunhal por carta precatória negada

A parte reclamada ainda encontrava outro entrave seríssimo ao seu exercício do direito de defesa. Supondo que o trabalhador comparecesse à audiência inicial, juntamente com o preposto e advogado da reclamada, o juízo ainda poderia denegar o pedido da reclamada de produção de prova testemunhal por carta precatória.

Ora, como já se relatou anteriormente, os trabalhadores sazonais são recrutados nas suas regiões e exercem seu labor por um número variado de meses e, depois, retornam para os seus estados de origem, onde ajuízam a reclamação. Com isso em mente, é fácil imaginar que a empresa tinha sérios problemas em encontrar testemunhas, no local do ajuizamento, que estivessem dispostas a testemunhar para produzir as provas orais que desejasse. Já o empregado tinha mais facilidade, pois ainda poderia conseguir testemunho de outros trabalhadores sazonais, assim como ocorreu no presente caso, como demonstra a ata da audiência⁵⁰. Por outro lado, o precedente estudado revela o deferimento do pedido de horas extras, mesmo sem prova testemunhal comprovando a veracidade das suas afirmações produzidas por parte do reclamante.

Um sistema jurídico que permite a ocorrência deste tipo de prática sofre de um sério problema de legitimidade, nos termos da Teoria de Luhmann⁵¹. A decisão que indefere a produção de prova testemunhal no local da prestação de serviço por meio de carta precatória é uma forma patente de tirar do jurisdicionado a

⁵⁰ A ata da audiência está presente no anexo.

⁵¹ Segundo Luhmann, “O processo democrático da política tem, portanto, que incluir mecanismos que possibilitem supor que os atingidos pelas decisões as assimilem, ou seja, que eles incorporem as decisões como premissas do seu comportamento subsequente. A legitimidade institucional não reside em uma derivação valorativa nem na disseminação fatual do consenso consciente, mas sim na *possibilidade de supor-se a aceitação*. Formulando de forma mais precisa e com referência direta à intricada problemática em questão, pode-se afirmar que legítimas são as decisões nas quais pode-se que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. Ora, é claro que não se pode esperar que o reclamado seja tolhido de produção de prova por carta precatória, o que é ainda mais claro quando não há mais nenhum suporte probatório, ou seja, há uma perda de legitimidade nessa decisão porque a decisão que furta dele o direito de produzir prova, o que se trata de quebra expectativas normativas.

sua participação direta no processo judicial, o que é ainda mais grave quando se trata de privação de produção de prova, pelos quais se admite qualquer meio.

O litígio utilizado neste estudo de caso ilustra bem a descrição genérica feita no início desta seção, pois além de a reclamação conter uma extensa gama de pedidos claramente “aventureiros”, há a imputação de ônus da prova à reclamada que só poderia ser razoavelmente desincumbido através do envio dos autos ao local de prestação dos serviços para que fosse feita a oitiva de testemunhas.

Os pedidos a que nos referimos como aventureiros são os que poderiam ser facilmente verificados como não devidos pela análise da prova documental, porém, ainda foram requeridos pela parte reclamante, como a quitação de verbas rescisórias que já foram devidamente adimplidas. Alguns desses pedidos poderiam ter sido deferidos, caso a confissão ficta ou a revelia tivessem sido declaradas pelo juízo, ou seja, o empregador teria que arcar duas vezes como o mesmo custo.

A presença destes pedidos pode indicar duas coisas, ou o patrono não tinha conhecimento dos pagamentos, ou realizou os pedidos apostando que poderia vê-los deferido por algum motivo. Em ambas as hipóteses, têm-se comportamento viciado por parte da defesa da parte reclamante, que, ou não fez uma análise básica dos documentos importantes para a reclamação (o que dificilmente ocorreu), ou atuou com malícia.

Ademais, os pedidos deferidos pelo juízo de primeiro grau se embasaram na presunção de inexatidão das provas documentais carreadas nos autos e na falta de outras provas para embasar a contestação. Nesse sentido, a prova testemunhal teria sido de grande valia para a parte reclamada e para o juízo, pois esta poderia ter trazido outros obreiros que laboram no mesmo período do reclamante para confirmar a extensão do tempo de trabalho e sobre a questão das horas *in itinere*, pois a apresentação das folhas com os horários de entrada e saída não foram aceitas como prova suficiente, mesmo com as assinaturas do obreiro. A decisão é ainda mais criticável se nos atentarmos ao depoimento da testemunha do reclamante, esta disse que:

“trabalhou com o reclamante para a reclamada, tendo sido admitidos no mesmo dia; começava a trabalhar por volta das 07:00 até 15:50hs com 01 hora de intervalo intrajornada, de segunda a sábado; que nem o reclamante nem o depoente trabalharam aos domingos”⁵²

Afinal, o pedido de horas extras foi deferido de forma completamente arbitrária, pois os únicos critérios para a determinação da duração da jornada do obreiro, quais sejam, a folha de ponto e o testemunho, foram completamente desconsiderados.

Esse cenário, claramente problemático, dos critérios de produção e sopesamento das provas, deve ser enfrentado pela teoria e pela prática processual⁵³, além do poder legislativo. Primeiramente, tratar-se-á de especificar qual é o problema na parte probatória que está causando quebras de expectativa e como esse problema foi tratado na reforma trabalhista.

O pedido cuja capacidade comprobatória se quer analisar é o de horas extras. Com isso, desde logo, deve-se lembrar que o art. 74, § 2º, da CLT traz a obrigação de manter a anotação dos períodos de entrada e saída dos trabalhadores para empresas que possuem mais de 10 contratados. No entanto, a súmula 338 do TST comanda a desconsideração de folhas de frequência que possuam “anotação britânica”, ou seja, registros de horários de entrada e saída invariáveis. E a súmula vai além, porquanto atribui ao reclamado que apresenta ponto viciado pela anotação britânica o ônus da prova de comprovação do tempo de jornada e, caso este não consiga comprovar, ocorre a presunção de veracidade dos fatos aludidos na inicial quanto ao período de jornada.

A questão da imprestabilidade da folha de frequência com horários muito próximos e assinatura do obreiro já representa uma presunção que impõe ônus pesado à empresa, que precisa fiscalizar a anotação com máxima precisão do

⁵² Trecho do depoimento retirado da ata de audiência, documento este presente no Anexo.

⁵³ Segundo Schiavi, “Formalmente, na esfera trabalhista, o momento de se requerer a prova testemunhal se dá em audiência, após a oitiva das partes. Trata-se de direito processual fundamental das partes no processo. O indeferimento, pelo magistrado deve ser devidamente justificado, à luz da existência já existente nos autos, ou não houve controvérsia a ser provada, ou já tenha havido confissão da parte. A situação, entretanto, deve ser avaliada com muita sensibilidade pelo magistrado, pois o indeferimento prematuro pode implicar cerceamento de defesa.” SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 763.

horário de todos os seus obreiros. Ora, uma folha de ponto assinada pelo empregado serve, pelo menos, como baliza para construção do suporte fático quando não há qualquer outro meio de prova. Apesar disso, não representa uma construção pretoriana de inquestionável injustiça, porque é factível para empresas de grande porte ter esse tipo de controle, principalmente com o advento de catracas, do ponto eletrônico, ou mesmo da existência de um empregado responsável por esta tarefa.

Por outro lado, a presunção de que o horário descrito na inicial é verdadeiro, no caso de inexistência de prova em contrário, é completamente ilógica, no contexto do caso concreto estudado, presunção esta ainda mais problemática quando a testemunha da reclamada relata uma jornada de trabalho com muito menos horas de trabalho do que a descrita na inicial. Ao optar por esse entendimento, o ordenamento trabalhista está trocando o uso de alguma prova por uma afirmação completamente duvidosa, o que dá abertura para deferimento de pedidos surreais, como os de horas extras devidas às jornadas de trabalho muito mais extensas do que as que ocorreram. A própria jornada descrita no caso colacionado foi de 06:00 às 18:00 horas, com 30 minutos de descanso, inclusive nos domingos e feriados. O respectivo período de trabalho descrito na inicial foge completamente ao bom senso. É inimaginável que o homem médio consiga trabalhar por 12 horas quase consecutivas em condições altamente desgastantes, com intenso e contínuo esforço físico e por vários dias consecutivos, sem folgas ou feriados⁵⁴.

Pela falta de possibilidade de estabelecer um critério minimamente razoável de determinação da quantidade de horas extras trabalhadas, a forma com que o TST, através da súmula 338, lidou com a questão não foi ponderado, pois abriu espaço para o deferimento de pedidos sem a mínima existência de lastro

⁵⁴ Segundo Schiavi, “A revelia é um instituto processual que sempre desafiou a doutrina e a jurisprudência. Apesar de a discussão ter grande relevo teórico, o tema tem enfoque prático, pois diariamente, na Justiça do Trabalho, o juiz enfrenta a angústia de ter de julgar processos à revelia e, muitas vezes, depara-se com pretensões fora da razoabilidade ou não resta convencido quanto à verossimilhança das alegações. De outro lado, muitas vezes o juiz se depara com pedidos excessivos, decorrentes da expectativa da parte de que ocorra a revelia.” SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 98

fático, como o do caso demonstrado, em que foi deferido ao trabalhador o adicional de horas extras, mesmo ele tendo trazido testemunha que contradisse a jornada de trabalho descrita na inicial.

As contradições são tão patentes que o juízo considerou, com base no art. 818 da CLT, que labores executados nos domingos e feriados não restaram cabalmente comprovados. Ora, não há motivo claro para se transferir ao reclamante o ônus da comprovação das jornadas nos domingos e feriados para o trabalhador, pois o inciso “III” da súmula 338 do TST não cria essa exceção. Nesse sentido, parece que o juízo se utilizou do princípio da razoabilidade para deferir apenas uma parcela do montante de horas extras, pois não havia nenhuma forma de comprovar que o obreiro se quer laborou pelo período estendido relatado na reclamação.

A reclamada ainda requereu a produção de prova testemunhal por carta precatória, como revela a leitura da ata de audiência e do julgamento do Recurso Ordinário. Com efeito, a própria súmula 338, no seu inciso “I”, permite a produção de provas para combater a presunção de veracidade da jornada de trabalho descrita na inicial, causada pela não apresentação de controle de frequência idôneo, no entanto, a turma que julgou o Recurso Ordinário negou novamente a produção de prova testemunhal por carta precatória e negou a ocorrência de cerceamento de defesa.

O fundamento para a decisão do acórdão que negou a produção de prova testemunhal por carta precatória se baseou no princípio da concentração dos atos processuais e no da economia processual. De acordo com o relator, o processo do trabalho preza por realizar a audiência na sua forma una, o que só permitiria a realização de diligência por carta precatória em situações excepcionais. Além disso, também pugnou pelos amplos poderes do juízo para dirigir o processo da maneira que achar mais adequada, inclusive para excluir os atos processuais que crer serem desnecessários, ou demasiadamente custosos para a celeridade processual.

Enfim, temos, neste caso concreto, uma situação em que a aplicação das normas processuais acarretou a quase completa impossibilidade de participação do reclamado no que concerne à produção de prova para contestar o pedido de horas extras, pois, ou as suas provas são desconsideradas (frequências que não sejam

exatas e prova testemunhal por carta precatória), ou há um custo muito grande na sua produção (pagar o transporte de uma testemunha que se disponha a sair do foro do seu domicílio e realizar o registro exato dos horários dos obreiros).

Os autores do projeto que deu causa à reforma trabalhista parecem ter se preocupado com essa questão do desequilíbrio de distribuição do ônus da prova, como indica a justificativa do Projeto de Lei n. 6.787/2016 sobre a mudança do art. 818 da CLT:

“ A CLT prevê que o ônus da prova cabe à parte que fizer as alegações. Essa regra, no entanto, mostra-se ultrapassada quanto aos princípios relativos, especialmente, à aptidão para produzi-la. Assim, estamos importando parte dos dispositivos vigentes no novo CPC sobre o tema. E aqui cabe ressaltar que o próprio TST já decidiu, por intermédio da Instrução Normativa n. 39, de 2016, que *“aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos de Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas”*, incluindo, expressamente, o art. 373 e seus §§ 1º e 2º.

Essa medida iguala o tratamento que deve ser dado às partes na produção de provas e elimina a omissão da CLT quanto ao tema, tal como referido na Instrução Normativa do TST, além de conferir garantias para que as partes não sejam prejudicadas com essa inversão, prevendo prazo para que a inversão seja feita e impedindo-a quando ficar caracterizada a impossibilidade de produção da prova.

Nesse sentido, foram acatadas as emendas **611**, do Deputado Celso Maldaner (PMDB/SC), e **632**, do Deputado José Carlos Aleluia (DEM/BA)⁵⁵

A justificativa acima descrita demonstra o cuidado do legislador com um suposto desequilíbrio entre as partes em relação à atribuição do ônus da prova, além de também determinar um prazo razoável para que a parte possa se

⁵⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p 112

desincumbir do ônus, ou postular a impossibilidade de arcar com ele antes da audiência em que ocorrerá a instrução.

Os desequilíbrios constatados no caso concreto são reflexos diretos da interpretação das normas pelas cortes trabalhistas e, como já dito acima, demonstram um critério lógico viciado de atribuição de ônus da prova para analisar pedido de horas extras, no caso de ajuizamento fora do foro de prestação do serviço, e, também, impróprio para uma ciência processual com pretensões mínimas de respeitar o princípio da primazia da realidade e o da isonomia (sendo este de estatura constitucional).

Um ordenamento que prega a necessidade de conhecer o suporte fático em que se operou as relações jurídicas não pode aceitar uma presunção de veracidade dos fatos alegados na reclamação em situações de dificuldade de produção de prova, como o de reclamação realizada longe do local de prestação dos serviços (e, conseqüentemente, fonte das provas), mesmo que o ônus de apresentação de registro dos períodos da jornada de trabalho seja da empresa. O pedido de condenação ao pagamento de horas extras deve vir acompanhado com um mínimo de suporte probatório, como uma testemunha que tenha presenciado a execução dos trabalhos, pelo menos, com a certeza de que a empresa agiu com desídia ao não juntar provas que estariam facilmente disponíveis.

Nos termos da teoria de Luhmann, a presunção a que se está analisando se trata de uma estrutura do sistema jurídico trabalhista. Nesses termos, não só se espera que o reclamado colacione aos autos as provas necessárias, como se espera que ele sabia dessa expectativa (expectativa de segunda ordem). A legislação e a súmula do TST garantem que a expectativa de segunda ordem seja assegurada. Porém, o indeferimento de produção de prova testemunhal por carta precatória com base somente na economia processual e no princípio da concentração dos atos processuais, como argumentado no acórdão que julgou o recurso ordinário, se trata de patente cerceamento de defesa. É, na linguagem do Funcionalismo de Luhmann, uma estrutura que reduz a complexidade, mas que gera desapontamentos que levam ao questionamento da legitimidade da Justiça do

Trabalho, pois a denegação de produção de uma prova importante se trata de negar a participação no procedimento.

Para efeitos de argumentação e esclarecimento, será reproduzido aqui o trecho do acórdão que fundamentou a denegação de produção de prova testemunhal por carta precatória:

“2.1. INQUIRição DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA. INDEFERIMENTO. PODER DIRETIVO DO JUIZ

O recurso questiona o ato que indeferiu a produção de sua prova, entendendo configurado o cerceamento do direito de defesa.

O procedimento trabalhista, maximizando o princípio da concentração dos atos processuais, consagra a audiência una, dispondo que as partes comparecerão à audiência acompanhadas de suas testemunhas (CLT, art. 845), independentemente de intimação (CLT, art. 825, caput). Admite de forma excepcional a intimação, desde que configurada a recusa ao comparecimento, que exige prova da efetiva ciência prévia (CLT, art. 825, parágrafo único).

Nessa sistemática, embora seja possível a prática de atos processuais por carta precatória (CPC, 200), as peculiaridades do procedimento trabalhista, que admite apenas excepcionalmente o desdobramento da audiência ou o fracionamento da instrução, conduzem à conclusão de que, se não está totalmente eliminada a produção de prova fora da sede do juízo, sua admissibilidade deve ser resguardada apenas para situações excepcionais, que devem estar fundamentadas circunstanciadamente (CF, art. 93, IX).

Nesse sentido, o instrumento excepcional da carta precatória não deve ser admitido para atender a conveniências da parte que, podendo apresentar a prova desde logo, optou comodamente por requerer a inquirição por carta, resultando desse expediente protelação, sobrecarga e encarecimento das atividades jurisdicionais, comprometendo a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ademais, os juízes dispõem de amplos poderes na direção do processo, devendo velar pelo seu rápido andamento, cabendo-lhes decidir pela realização ou não das diligências que considere necessárias ao esclarecimento das causas (CLT, art. 765, CPC, arts. 130 e 131). Destarte, no exercício dos amplos poderes instrutórios, os juízes deverão indeferir as diligências probatórias que repute inúteis ou meramente protelatórias.

Nesse caso, decidindo o juiz pelo indeferimento da produção de determinada prova, inclusive por meio de carta precatória, esse ato por si não traduz qualquer ilegalidade, mas regular exercício do poder de indeferir diligências consideradas inúteis ou protelatórias em razão do conjunto probatório já disponibilizado nos autos.

Esta orientação é predominante no Tribunal Superior do Trabalho, ao entender que "Os Juízes têm ampla liberdade na direção do processo devendo zelar pelo andamento rápido das causas, na forma disposta no

art. 765 da CLT. Destaque-se que podem e devem dispensar a oitiva das testemunhas, quando em nada acrescentem para formar a livre convicção sobre os fatos (art. 131, CPC), sobretudo se, considerando os demais elementos dos autos, apresentar-se desnecessária ao deslinde da controvérsia. Trata-se de evitar a prática de atos inúteis, com vistas à celeridade e economia processuais". (AIRR - 5841-37.2010.5.06.0000, 3a. T, Rel. Min. Alberto Bresciani, DEJT 07.10.2011)

Destarte, rejeita-se a preliminar."⁵⁶

Como mencionado, o juízo desconsiderou completamente a dificuldade a escassez de provas causada pela escolha do foro afastado do local do serviço e declarou a inconveniência da produção de prova testemunhal por carta precatória. Em outras palavras, preferiu-se finalizar o processo de maneira mais rápida, porém, sacrificando-se a busca por um embasamento fático mais concreto. Essa troca não é uma decisão arrazoada, em nossa opinião, porquanto os recursos gastos representariam um aumento substancial na possibilidade de fornecer um provimento justo. Aliás, a Justiça do Trabalho não mede esforços para realizar diligências custosas que garantam o acesso à justiça ao reclamante, como perícias técnicas, no entanto, no caso em tela, não realizou os esforços suficientes para entregar uma prestação jurisdicional com confiabilidade, talvez porque esse esforço fosse feito em prol do reclamado.

6.1.2.1 Posição dos Magistrados do TRT 22 sobre a denegatória de produção de carta precatória

Os quesitos 3 e 4 do questionário foram feitos para se ter uma noção em relação ao posicionamento dos Magistrados sobre dois pontos do tópico: a atribuição do ônus da prova da súmula 338 em conjunto com a aplicação da presunção de veracidade das alegações da reclamação (quesito 3); e a denegação de produção de prova por carta precatória (quesito 4).

Todos os magistrados questionados acreditam na razoabilidade da presunção, pois a produção de prova em situações normais, ou seja, quando há ajuizamento no foro de realização dos serviços, a empresa não precisa envidar

⁵⁶ TRT 22. RECURSO ORDINÁRIO: RO 0000062-90.2011.5.22.0107. Relator: Des. Arnaldo Boson Paes. Acórdão disponibilizado no dia 01/03/2012. Disponível no Anexo deste trabalho.

grandes esforços para produzir as provas que precisa. No entanto, estamos tratando de um caso peculiar, que é o de ajuizamento fora do local de prestação, o que traz grandes dificuldades para a produção de prova testemunhal. A interpretação que se dá à legislação processual consegue lidar bem com casos em condições ideais, no entanto, em casos mais complicados, ela falha ao não exigir um mínimo de suporte fático para o deferimento das horas extras.

Os entrevistados responderam que, além da folha de ponto, os reclamados podem se utilizar de qualquer meio de prova legítimo, isso somado à obrigação de controle da jornada dariam razoabilidade à presunção. Além disso, um deles ainda deixou claro que a marcação britânica desnatura completamente a folha de ponto.

Ora, certamente esta interpretação consegue lidar bem em situações em que há facilidade na produção de provas, principalmente a conjugação de prova documental mais testemunhal, pois muito dificilmente as partes deixarão de juntar as provas constituintes de seu direito quando estas são de fácil produção. Sob outra perspectiva, a reclamação foi ajuizada no local de arregimentação em benefício e por escolha da parte reclamante, e, por isso, a empresa tem que arcar com um ônus mais pesado de produção de prova, sob pena de ver o pedido do reclamante deferido por causa da presunção.

Esse ponto já configura, em nossa opinião, um desequilíbrio na distribuição do ônus da prova que deveria ser reequilibrado de alguma forma, como pela redução da rigidez de exigência do método de preenchimento dos cartões de ponto, ou pela atribuição à parte reclamante de algum ônus. Nesta senda, um dos entrevistados aduziu que realiza uma pequena mitigação da presunção ao colher o depoimento pessoal dos reclamantes. Tal medida é de grande sobriedade, tendo-se em conta que fazer o questionamento do obreiro pode ajudar a captar a realidade do contrato de trabalho, pois, em alguns casos, o advogado da reclamante não orientou o obreiro a relatar o que está descrito nos autos, com isso, o reclamante relata a realidade da sua jornada, o que já ajuda a dirimir algumas das possíveis falsidades na descrição do período da jornada de trabalho.

Em relação à denegação de produção de prova testemunhal por carta precatória, as entrevistas revelaram uma uniformidade no sentido de deferimento de produção dela. No entanto, no rito sumaríssimo, alguns julgadores deixaram clara a imposição da necessidade de demonstração de convite (art. 852-H, § 3º), formalidade esta que é de fácil realização. Alguns entrevistados ainda enfatizaram que consideram cerceamento de defesa a denegatória de produção de prova. Nessa linha, a teratologia da decisão (e das outras que seguiram a mesma linha), no que toca ao indeferimento de produção de prova por carta precatória, está patente.

No que toca à situação do convite no caso concreto estudado, a leitura da ata da audiência revela que:

“Ora, é cediço que a lei faculta à parte substituir as testemunhas que por uma razão ou outra se recusem a aceitar o convite para depor em juízo, não sendo crível que as testemunhas arroladas sejam as únicas a deterem conhecimento dos fatos em um universo de centenas de trabalhadores que laboravam nas mesmas condições que o reclamante.

É indiscutível que a insistência em ouvir testemunhas que residem em outro Estado e já arroladas anteriormente, não obstante a oportunidade em trazê-las à sede do juízo, configura não só abusiva tentativa de procrastinar o feito, como também gerar artificiosas nulidades.”⁵⁷

Não se sabe o teor da recusa do convite, no entanto, pela maneira com que o juízo lidou com a situação e decidiu pelo indeferimento da produção de prova testemunhal por carta precatória, é provável que a recusa tenha ocorrido pelo fato de a testemunha não ter condições de fazer um trânsito interestadual para realizar o testemunho, motivo este que está albergado pelo direito da testemunha de não testemunhar fora do local de sua residência.

Nessa linha, a leitura da ata nos leva a crer que todos os possíveis requisitos para o deferimento da produção da prova testemunhal por carta precatória foram atendidos, no entanto, o juízo, por acreditar que a reclamada poderia conseguir uma testemunha no próprio local de ajuizamento da reclamação (e evitar

⁵⁷ Trecho retirado da ata de audiência realizada no escopo do caso estudado. Documento presente no Anexo.

que o processo passasse pelo moroso procedimento da carta precatória), não permitiu que o procedimento de envio do processo ao estado onde se efetuou o serviço e onde reside a testemunha para a colheita de prova ocorresse. Este último critério de decisão não está de acordo com a razoabilidade, porquanto, ou cobra que a reclamada traga a testemunha e arque com todos os custos, ou cobra que a mesma ainda tenha contato com alguma pessoa que conhece as características da relação de trabalho praticadas na sua empresa e que resida perto do local onde se ajuizou a reclamação trabalhista. A cobrança desse controle é um ônus que não pode ser requerido da reclamada e, assim, deve ser deferido o envio (ou processamento eletrônico) do processo, ao local de residência da testemunha apontada por ela.

Ainda sobre o tema do convite, um dos magistrados respondeu que o convite realizado pela reclamada deve deixar claro que os custos da viagem serão arcados pela empresa para que seja aceito como um convite idôneo, pois a testemunha não pode se sentir desmotivada a realizar o testemunho por motivações econômicas.

Por fim, cabe dizer que a alteração do art. 818 da CLT, através da preocupação demonstrada em reequilibrar o ônus probatório e impedir a exigência de produção impossível de prova demonstra a incompatibilidade da adoção dos posicionamentos exaustivamente acima demonstrados. Já a existência de casos mais ou menos semelhantes demonstra a necessidade de atualização da legislação e da interpretação da teoria da prova no direito do trabalho, o que tem boas chances de ocorrer com o advento da reforma trabalhista.

A mudança no art. 818 da CLT não representa uma alteração tão drástica quanto ao grupo de dispositivos que passaram a condenar o reclamante ao pagamento de custas, mas ainda representa uma importante mudança, pelo menos para indicar diretivas mais claras de interpretação para impedir a exigência de produção de prova cujo ônus é excessivamente pesado.

7. Conclusão

Após uma revisão bibliográfica da teoria funcionalista de Niklas Luhmann, a elaboração de um estudo de caso que apontou graves imperfeições na aplicação da legislação trabalhista e a análise dos artigos relacionados da CLT pós Reforma Trabalhista, é possível afirmar com segurança que há uma considerável probabilidade de haver causas diversas para a edição da reforma trabalhista.

Dentre essas possíveis causas, merecem destaque a adição de novas regras procedimentais que podem servir de paliativo para problemas encontrados na resolução de casos complexos⁵⁸ (art. 844 da CLT); a reestruturação de outros dispositivos para demonstrar diretivas interpretativas diferentes das que estavam sendo aplicadas no âmbito do processo do trabalho, como a limitação do uso do princípio protetivo na aplicação da teoria da prova (art. 818 da CLT); e a readequação das normas no sentido de permitir uma participação mais igualitária do processo judicial trabalhista (ambas as alterações tratadas).

Retomando-se um ponto descrito em sessão anterior, quando um sistema jurídico tenta equalizar uma situação fática de desigualdade, os remédios devem ser aplicados com bastante parcimônia e conversa entre os agentes políticos e sociais, senão há uma grande possibilidade de substituição de um desequilíbrio por outro, ou a não resolução do primeiro desequilíbrio.

Quanto à possibilidade de tolhimento do direito dos trabalhadores, os dispositivos legais em questão têm um potencial de causar um efeito negativo, principalmente no que toca ao aumento da dificuldade de acesso à justiça. Como indício disso, temos não só as respostas dadas pelos magistrados entrevistados, mas como a defesa dessa tese por diversos doutrinadores, como o próprio Manoel Antônio Teixeira Filho⁵⁹. Porém, a dimensão do dano só poderá ser medida depois que forem feitas estatísticas nas Varas Trabalhistas em que os magistrados estão aplicando a nova regra (art. 844, §§, 2º e 3º da CLT). Nesse sentido, deve-se

⁵⁸ Leia-se “casos complexos” no mesmo sentido do conceito de “hard cases” usados por Luhmann e também pela cultura jurídica norte-americana.

⁵⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p 163

sopesar se a quantidade de arquivamentos devidos a não comparecimentos diminuiu numa quantidade que compense os possíveis danos.

Por fim, cabe dizer que a Reforma Trabalhista, como qualquer texto legal, deve ser minuciosamente estudada para que não se tome qualquer decisão precipitada e se desgaste o fino equilíbrio entre os três poderes que compõem o Estado Democrático de Direito. Dizemos desgaste porque, quando o judiciário nega um input do legislativo, podem ocorrer outras reações sistêmicas visando a efetivação dos mesmos problemas, como a edição de mais leis com o mesmo condão, ou até mais graves. Nessa linha, a Justiça do Trabalho deve encarar a reação sistêmica que foi a Reforma Trabalhista e se questionar até que ponto a sua atuação estava adequada com a lógica da sociedade moderna diferenciada.

Como descrito exaustivamente neste trabalho, nem sempre os sistemas, através dos seus códigos e suas estruturas, conseguem ver alguns fenômenos e entender de forma mais completa as relações de causalidade envolvidas em fenômenos complexos. Diante da necessidade de autoreflexividade e da necessidade de captar a evolução em suas várias instâncias (interna e externas) o sistema jurídico, neste caso a fração responsável pelo Direito do Trabalho, deve captar até que ponto o seu esforço de autopreservação não passa de uma incapacidade de apreender a complexidade dos sistemas sociais modernos, ou se é uma reação a uma tentativa de colonização inadequada à sua função social.

O que resta ao estudioso, neste momento de impasse, é a adoção de uma postura de ironia romântica⁶⁰, pois nos encontramos numa posição de total incertezas perante os fenômenos sociais e quais serão as causas que estes gerarão. A contingência, o fenômeno evolutivo e a complexidade fazem, nesses momentos de transição, com que duvidemos sobre o que é certo ou errado, sobre o que legal, ou ilegal. As novas estruturas, afinal, devem ser estudadas como novas possibilidades, novas ferramentas de alívio do fardo de ser humano, ou mesmo estruturas equivalentes às anteriores.

⁶⁰ JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017. P. 288

8. Referências

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

JOAS, Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria Social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. The Self-Reproduction of Law and its Limits. In: TEUBNER Gunther (Org). **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 111-150). Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PARSONS, Talcott. **The system of modern societies**. New Jersey: Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1971.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

TEUBNER, Gunther. After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law. In: _____ (Org). **Dilemmas of Law in the Welfare State** (p. 299-326). Berlin: Walter de Gruyter, 1988.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANEXO

Jurisprudências usadas no estudo de caso:

Reclamação Trabalhista nº. 62/2011 da Vara do Trabalho de Oeiras

Ata de Audiência de Reclamação Trabalhista

Aos 11 dias do mês MAIO do ano dois mil e onze, nesta cidade de Oeiras (PI), às horas e minutos, foi aberta a audiência da Única Vara Federal do Trabalho desta cidade, com a presença da Exma. Sra. Juíza, Dra. **ALBA CRISTINA DA SILVA**, por ordem de quem foram apregoados os litigantes:

RECLAMANTE: FRANCISCO DE SOUSA DIAS

RECLAMADO: ANTONIO EDUARDO TONIELO E OUTROS

Instalada a audiência e relatado o processo, passo a proferir a seguinte DECISÃO:

RELATÓRIO

FRANCISCO DE SOUSA DIAS, qualificado na exordial, ajuizou RECLAMAÇÃO TRABALHISTA contra **ANTONIO EDUARDO TONIELO E OUTROS**, postulando o pagamento das verbas discriminadas na inicial, mais honorários advocatícios e os benefícios da gratuidade da justiça.

Fundamentou sua pretensão na alegação de que foi admitido como cortador de cana, aplicando, inclusive herbicida, no período compreendido na inicial, percebendo a remuneração ali informada, mediante o cumprimento de jornada extraordinária e *in itinere*.

Juntou documentos.

Contestando a ação, contrapôs -se às alegações da exordial, aduzindo que a remuneração percebida e a jornada laborada não condizem com a informação da peça atrial, sustentando, em suma, a quitação das horas extras e das horas *in itinere*, pugnando pela improcedência da ação.

Juntou documentos.

Alçada fixada na
inicial. Colhida a prova
oral.

Encerrada a instrução processual, tendo as alegações
finais sido remissivas à inicial e à defesa.

Frustradas ambas as tentativas de
conciliação. É o relatório.
Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

Em desrazão a parte reclamada quando aduz a inépcia da
inicial. A bem da verdade, a peça referida traduz a pretensão inicial de
forma clara e concisa, tanto é assim que possibilitou a defesa específica.
Rejeito, pois.

DO MÉRITO

Controvertem as partes essencialmente acerca
da remuneração, condições de trabalho, jornada, e quitação rescisória.

Não há divergência sobre o vínculo jurídico e sua duração.

DA NATUREZA DO CONTRATO

Reputo inicialmente indevida a indenização do aviso prévio
ante a presunção de que o ex-empregado tinha conhecimento da forma de
contratação. É cediço que o reclamante reside em região de forte migração
para o trabalho no corte de cana, fato que se repete ano após ano e
constatável pelo elevado número de demandas judiciais promovidas nesta
Vara do Trabalho. Com isso se conclui que a parte reclamante, ao manter
sua residência neste Estado, demonstra ter conhecimento da
transitoriedade do serviço, fato que se tornou, inclusive, corriqueiro nesta
região.

Considerando que não houve a interrupção do contrato a termo, reputo indevida a indenização compensatória do seguro desemprego.

Indevida, ainda, a multa do art. 477, da CLT haja vista que a rescisão operou -se no lapso temporal legal.

DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

Confessa o reclamante em seu depoimento pessoal que não laborava em condições de risco à sua saúde, negando a aplicação ou manuseio de herbicida. Improcede, pois, o pedido de adicional de insalubridade.

DAS HORAS EXTRAS

O reclamante requero pagamento de horas extraordinariamente trabalhadas, afirmando, na inicial que laborava das 6:00 às 18:00, com ½ hora de intervalo intrajornada, inclusive nos domingos e feriados. A reclamada nega, sustentando que todos os trabalhadores cumprem jornada distinta da informada pelo reclamante.

Nos termos do art. 338 do TST, é ônus da empresa a demonstração da jornada do reclamante, o que foi realizado com a apresentação da frequência, que, contudo, deve ser desconsiderada, uma vez que apresentam registro de uma jornada praticamente invariável, apesar de conterem a assinatura do empregado.

Ora, o controle da jornada de trabalho, a teor do ar. 74, § 2º, da CLT, é obrigatório para os estabelecimentos com mais de dez trabalhadores, com a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico. Para tanto deveria o trabalhador ter conhecimento dos lançamentos em tais controles, fazendo-os pessoalmente.

Desta feita, considerando que a empresa não se desincumbiu do seu encargo, o reclamante faz jus ao pagamento das horas extras, por ser garantia constitucional, todavia, uma vez que laborava por produção, faz jus apenas ao recebimento do adicional de horas extras. Esse o entendimento já sedimentado na OJ da SDI do TST n. 235, a qual prevê literalmente que: “o empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada faz jus à percepção apenas do adicional das horas extras”. Com efeito, sendo o salário do obreiro calculado de acordo com a sua produção, resta prejudicado o pagamento das horas extras, uma vez que já tem incluído em seu salário parte da contraprestação correspondente ao trabalho prestado após a jornada normal, o que se dá através do aumento da produção e, conseqüentemente, da sua remuneração, fazendo jus, portanto, apenas ao adicional das horas extras. E o referido adicional é de 50%, a teor do art. 7º, XVI, da CF para as duas primeiras horas, e 70% para as subseqüentes, conforme CCT.

Defiro, pois, ao reclamante o pagamento do adicional das horas extraordinariamente trabalhadas, em 50%, para as duas primeiras horas e 75% para as seguintes, em relação à hora normal, tendo por base a jornada por ele alegada, com reflexos sobre férias, 13º salário e FGTS.

O labor dominical e nos feriados não restou cabalmente provado, descurando-se o reclamante do ônus que lhe competia, conforme previsão do art. 818, da CLT.

DAS HORAS “IN ITINERE”

Nos autos ficou evidenciado, também, que o empregador fornece transporte a seus empregados, sem que tenha sido comprovado, de forma cabal, a existência de transporte público regular, não obstante a dificuldade de acesso.

Sobre o tema a Súmula 90 do TST, verbis:

“Horas “in itinere”. Tempo de serviço. (RA 80/ 1978, DJ 10.11.1978. Nova redação em decorrência da incorporação das Súmulas nºs 324 e 325 e das Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SDI -1 - Res. 129/ 2005, DJ 20.04.2005)

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex -Súmula nº 90 - RA 80/ 1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex -OJ nº 50 - Inserida em 01.02.1995);

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex -Súmula nº 324 - RA 16/ 1993, DJ 21.12.1993);

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex -Súmula nº 325 RA 17/ 1993, DJ 21.12.1993);

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 - Inserida em 20.06.2001);"

As horas de percurso de acesso e retorno, então, são computáveis na jornada de trabalho e o tempo que extrapola a jornada legal deve ser remunerada com o adicional de horas extras, levando-se em conta, para tanto, a variação do tempo e do percurso das viagens e o trecho de difícil acesso.

Ante as peculiaridades do caso e a ausência de dados precisos, fixo o tempo de percurso em 30 minutos para cada viagem, totalizando 1 (uma) hora diária, autorizando, via de regra, a compensação dos valores pagos a este título, ao longo do período laborado.

Defiro, portanto, o pleito de horas "in itinere" apuradas com

base na variação das distâncias percorridas durante a vigência do contrato de trabalho, fixadas em 1 (uma) hora diária, remunerada apenas com o adicional de 50%, bem como seus reflexos nas parcelas de natureza salarial.

No que se refere à remuneração, não logrou a parte reclamante a prova do alegado na inicial, descurando -se da previsão inserta no art. 818 da CLT. Por esta razão, determino que seja apurada, com base na média de produção, em fase de liquidação.

As férias vencidas e o terço respectivo foram devidamente quitadas, conforme TRCT, restando, pois, improcedente o pedido.

Os demais pleitos não merecem acolhimento em face da prova documental carreada aos autos, demonstrando quitação pela reclamada.

O pedido de Justiça gratuita autoriza a isenção prevista no § 9º, do artigo 789, da CLT. A declaração firmada pelo autor no sentido de encontrar -se em situação econômica difícil é o quanto basta para isentá-lo do pagamento das custas, a teor dos arts. 3º, da Lei nº 7.115/ 83, e 4º, da Lei nº 7.510/ 86.

Com o advento da Lei n.º 8.906/ 94, ficou assegurado ao advogado o recebimento de honorários correspondentes. Não obstante o jus postulandi da parte no processo do trabalho, a opção por acompanhamento de advogado assegura a este o direito a honorários de sucumbência, nos termos da lei. Fixo, pois, o percentual de 10%.

DISPOSITIVO

ISTO POSTO, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido objeto da presente Reclamação Trabalhista, condenando a parte reclamada a pagar ao reclamante as parcelas de adicional das horas extraordinariamente trabalhadas, em 50%, para as duas primeiras horas e 70% para as seguintes, em relação à hora normal, tendo por base a jornada alegada na exordial, 1 hora in itinere, com incidência do adicional de 50%, de segunda -feira a sábado, com reflexos sobre as parcelas de 13º salário, férias e FGTS, compensando -se as horas pagas a igual título.

Honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação, a ferida após compensação acima deferida.

A parte reclamada fica, ainda, obrigada a comprovar perante a Secretaria, no prazo de 30 dias, o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas de natureza exclusivamente salarial, objeto da condenação, sob pena de execução.

Benefícios da justiça gratuita em favor do reclamante.

Custas processuais de R\$ 100,00 (cem reais) pela parte reclamada, calculada com base no valor arbitrado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ata lavrada e assinada por quem de direito.

Juíza do Trabalho.....

Ata de Audiência da Reclamação Trabalhista nº. 62/2011 da Vara do Trabalho de Oeiras

ATA DE AUDIÊNCIA

PROCESSO:	0000062-90.2011.5.22.0107
RECLAMANTE:	FRANCISCO DE SOUSA DIAS
RECLAMADO:	ANTONIO EDUARDO TONIELO E OUTROS

Em 28 de abril de 2011, na sala de sessões da MM. 107ª VARA DO TRABALHO DE OEIRAS/PI, sob a direção da Exmo(a). Juíza ALBA CRISTINA DA SILVA, realizou-se audiência relativa ao processo identificado em epígrafe.

Às 09h53min, aberta a audiência, foram, de ordem da Exmo(a). Juíza do Trabalho, apregoadas as partes.

Presente o(a) reclamante, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). LEONARDO ANDRADE DE CARVALHO, OAB nº 4071/PI.

Presente o preposto do(a) reclamado, Sr(a). Wlademir da Silva, acompanhado(a) do(a) advogado(a), Dr(a). RICHARD DANIEL SOLDERA DA COSTA, OAB nº 282237/SP.

Dispensada a leitura da inicial, o reclamado apresentou defesa escrita, acompanhada de procuração, carta de preposição e documentos, sobre os quais não houve impugnação.

Dispensados os depoimentos pessoais.

Depoimento pessoal da reclamante: *"que era cortador de cana; que nunca trabalhou na aplicação de herbicida; que não sabe ler nem escrever; que sabe apenas assinar o seu nome; que reconhece como sua a assinatura constante do TRCT e do aviso-prévio; que não pediu demissão do seu emprego". Nada mais disse e nem lhe foi perguntado.*

Primeira testemunha da parte reclamante: Francisco José de Moraes, brasileiro, casado, lavrador, RG 1.988.561 SSPPI, residente na Localidade Primeira Varzea, zona rural de Elesbão Veloso-PI, ADVERTIDA E COMPROMISSADA.

Depoimento *"trabalhou com o reclamante para a reclamada, tendo sido admitidos no mesmo dia; começava a trabalhar por volta das 07:00 até 15:50hs com 01 hora de intervalo intrajornada, de segunda a sábado; que nem o reclamante nem o depoente trabalharam aos domingos; que a jornada era controlada mediante registro em folha a qual uma vez*

preenchida era assianda por volta das 10:00; que gastava aproximadamente 01h e 30min na viagem; que não sabe informar a distância das fazendas; que era transportado em ônibus fornecido pela empresa; que a região não era servida por transporte público; que a estrada era constituída em sua maioria de leito natural; que o reclamante foi dispensado por haver se ausentado em razão de doença; que ambos trabalhavam por produção; que recebiam em média por mês R\$ 800,00/900,00; que o reclamante afastou-se por sua própria iniciativa da empresa reclamada, por não aguentar o trabalho uma vez que se encontrava doente. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.

Requeru o patrono da parte reclamada a oitiva de testemunhas arroladas ao final da peça de defesa, tendo sido indeferido.

O indeferimento do pedido de produção de prova oral, através de expedição de Carta Precatória Inquiratória é autorizado pelo art. 765 da CLT, c/c o art. 130 e 400 do CPC, segundo os quais o juiz, ao decidir sobre a necessidade de produção de provas, pode indeferir diligências meramente protelatórias ou provas desnecessárias para o deslinde da demanda, sem configurar, todavia, cerceamento de defesa, pois ao magistrado compete o poder de direção do processo.

Assim, não há que se falar em nulidade do processo por cerceamento de defesa, em face do indeferimento da oitiva de testemunha. O Juízo bem fundamentou as razões do indeferimento da expedição de Carta Precatória, conforme se verifica na ata de audiência, tendo deferido à parte reclamada, no entanto, a oportunidade de apresentar testemunhas, designando, inclusive, outra audiência especificamente para esta finalidade. Ocorre que a parte, no intuito pura e simplesmente de tumultuar o processo, deixou de apresentá-las, limitando-se pura e simplesmente a renovar o pedido, mediante a apresentação de recusa das testemunhas que pretendia fossem ouvidas.

Ora, é cediço que a lei faculta à parte substituir as testemunhas que por uma razão ou outra se recusem a aceitar o convite para depor em juízo, não sendo crível que as testemunhas arroladas sejam as únicas a deterem conhecimento dos fatos em um universo de centenas de trabalhadores que laboravam nas mesmas condições que o reclamante.

É indiscutível que a insistência em ouvir testemunhas que residem em outro Estado e já arroladas anteriormente, não obstante a oportunidade em trazê-las à sede do juízo, configura não só abusiva tentativa de procrastinar o feito, como também gerar artificiosas nulidades.

Registre-se o protesto do patrono da parte reclamada.

Encerrou-se a instrução processual.

Razões finais remissivas por ambas as partes.

Rejeitada a última proposta conciliatória.

Designa-se audiência de **JULGAMENTO** para o dia **11/05/2011 às 14:45h.**

Audiência encerrada às h24min.

E, para constar, eu, Patrik Ernandes Alves de Santana, Chefe do Serviço de Audiências, lavrei esta ata que vai assinada.

Nada mais. ALBA CRISTINA DA SILVA Juíza do Trabalho
--

Recurso Ordinário 0000062-90.2011.5.22.0107, julgado no TRT da 22ª Região**EMENTA**

INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA. INDEFERIMENTO. PODER DIRETIVO DO JUIZ. Os juízes dispõem de amplos poderes na direção do processo, devendo velar pelo seu rápido andamento, cabendo-lhes decidir pela realização ou não das diligências que considere necessárias ao esclarecimento das causas (CLT, art. 765, e CPC, arts. 130 e 131). Decidindo o juiz pelo indeferimento da produção de determinada prova, inclusive por meio de carta precatória, esse ato por si não traduz qualquer ilegalidade, mas regular exercício do poder de indeferir diligências consideradas inúteis ou protelatórias em razão do conjunto probatório já disponibilizado nos autos.

HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA DA JORNADA. TRABALHO EXTRA RECONHECIDO. DIREITO AO ADICIONAL. A CLT, no art. 74, § 2º, exige que o empregador mantenha registro de controle de horário quando o estabelecimento possuir mais de 10 (dez) empregados. Nessa linha, a Súmula 338, I, do TST atribui ao empregador o ônus da prova da jornada de trabalho, dispondo inclusive que a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera a presunção de veracidade da jornada alegada inicial. Portanto, sem a juntada dos registros, há presunção juris tantum da jornada comprovada na reclamação, que não prevalece quando elidida por prova em contrário. Ademais, na forma da Súmula 338, III, do TST, os cartões de ponto uniformes, britânicos, com horários inflexíveis de entrada e saída, não satisfazem à exigência de controle de jornada. Inválidos os registros como meio de prova, inverte-se o ônus de prova em relação às horas extras, competindo ao empregador elidir de maneira firme e concreta a jornada declinada na reclamação, que goza de presunção de veracidade. Não se desincumbindo o empregador desse ônus, prevalece a jornada comprovada pelo empregado, ensejando o pagamento do adicional de horas extras quando se tratar de trabalho remunerado por produção (OJ 235 da SDI-I do TST).

HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA JORNADA COMPROVADA. A CF (art. 7º, XXVI) reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho. A CLT (art. 58, § 2º) admite que a negociação coletiva possa estimar o tempo médio das horas in itinere. Isso não implica renúncia ao direito às demais horas in itinere devidas e não remuneradas, posto que as normas que as consagram são de direito necessário, inderrogáveis pela autonomia coletiva. Ademais, "A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário" (TST, Súmula 338, II). Provado o despendimento de tempo médio de deslocamento pelo trabalhador em quantitativo superior àquele fixado em norma coletiva, são devidas as horas in itinere integralmente realizadas, assegurada a dedução de valores já quitados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, nº TRT-RO-0000062-90.2011.5.22.0107, em que são recorrentes ANTÔNIO EDUARDO TONIELO E OUTROS e recorrido FRANCISCO DE SOUSA DIAS.

Trata-se de recurso ordinário interposto em face da sentença (fls. 164/169) que julga parcialmente procedente a pretensão objeto da reclamação, condenando a reclamada ao pagamento do adicional de horas extras, em 50% para as duas primeiras horas e 70% para as seguintes, tendo por base a jornada alegada na inicial, 1 hora in itinere com adicional de 50%, de segunda a sábado, com reflexos legais e compensando-se as horas pagas a igual título. Honorários advocatícios de 10% e deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Nas razões recursais (fls. 174/), a recorrente suscita a preliminar de cerceamento do direito de defesa em razão do indeferimento de oitiva de testemunha. Insurge-se contra a condenação em horas extras, sustentando a má apreciação das provas na medida em que a própria testemunha do recorrido afirma o cumprimento da jornada legal de trabalho. Alega que a prova documental ratifica o depoimento e que inexistente sobrelabor, o que autoriza a reforma da sentença.

Sustenta que também indevidas as horas in itinere, ao argumento de existir instrumento coletivo prevendo o pagamento de 1 hora diária. Alega mera liberalidade e comodidade a seus empregados o transporte em ônibus particular e que há serviços de transporte público na via de acesso à sua sede social.

Sem contrarrazões (fl. 185).

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Recurso cabível e tempestivo (fl. 183), interposto por parte regularmente representada (fl. 55). Custas processuais e depósito recursal recolhidos (fls. 179/v/180). Legitimidade e interesse configurados. Preenchidos os pressupostos legais, conhece-se do recurso.

2. MÉRITO DO RECURSO

2.1. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA. INDEFERIMENTO. PODER DIRETIVO DO JUIZ

O recurso questiona o ato que indeferiu a produção de sua prova, entendendo configurado o cerceamento do direito de defesa.

O procedimento trabalhista, maximizando o princípio da concentração dos atos processuais, consagra a audiência una, dispondo que as partes comparecerão à audiência acompanhadas de suas testemunhas (CLT, art. 845), independentemente de intimação (CLT, art. 825, caput). Admite de forma

excepcional a intimação, desde que configurada a recusa ao comparecimento, que exige prova da efetiva ciência prévia (CLT, art. 825, parágrafo único).

Nessa sistemática, embora seja possível a prática de atos processuais por carta precatória (CPC, 200), as peculiaridades do procedimento trabalhista, que admite apenas excepcionalmente o desdobramento da audiência ou o fracionamento da instrução, conduzem à conclusão de que, se não está totalmente eliminada a produção de prova fora da sede do juízo, sua admissibilidade deve ser resguardada apenas para situações excepcionais, que devem estar fundamentadas circunstanciadamente (CF, art. 93, IX).

Nesse sentido, o instrumento excepcional da carta precatória não deve ser admitido para atender a conveniências da parte que, podendo apresentar a prova desde logo, optou comodamente por requerer a inquirição por carta, resultando desse expediente protelação, sobrecarga e encarecimento das atividades jurisdicionais, comprometendo a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ademais, os juízes dispõem de amplos poderes na direção do processo, devendo velar pelo seu rápido andamento, cabendo-lhes decidir pela realização ou não das diligências que considere necessárias ao esclarecimento das causas (CLT, art. 765, CPC, arts. 130 e 131). Destarte, no exercício dos amplos poderes instrutórios, os juízes deverão indeferir as diligências probatórias que repute inúteis ou meramente protelatórias.

Nesse caso, decidindo o juiz pelo indeferimento da produção de determinada prova, inclusive por meio de carta precatória, esse ato por si não traduz qualquer ilegalidade, mas regular exercício do poder de indeferir diligências consideradas inúteis ou protelatórias em razão do conjunto probatório já disponibilizado nos autos.

Esta orientação é predominante no Tribunal Superior do Trabalho, ao entender que "Os Juízes têm ampla liberdade na direção do processo devendo zelar pelo andamento rápido das causas, na forma disposta no art. 765 da CLT. Destaque-se que podem e devem dispensar a oitiva das testemunhas, quando em nada acrescentem para formar a livre convicção sobre os fatos (art. 131, CPC),

sobretudo se, considerando os demais elementos dos autos, apresentar-se desnecessária ao deslinde da controvérsia. Trata-se de evitar a prática de atos inúteis, com vistas à celeridade e economia processuais". (AIRR - 5841-37.2010.5.06.0000, 3a. T, Rel. Min. Alberto Bresciani, DEJT 07.10.2011)

Destarte, rejeita-se a preliminar.

2.2. MÉRITO DA CAUSA

- HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA DA JORNADA. TRABALHO EXTRA RECONHECIDO. DIREITO AO ADICIONAL

O objeto do recurso diz respeito à existência ou não de trabalho extraordinário, repartição do seu ônus de prova, quantitativo de horas extras realizadas e as condições de pagamento considerando tratar-se de trabalho remunerado por produção.

A CLT, no art. 74, § 2º, exige que o empregador mantenha registro de controle de horário quando o estabelecimento possuir mais de 10 (dez) empregados. Nessa linha, a Súmula 338, I, do TST atribui ao empregador o ônus da prova da jornada de trabalho, dispondo inclusive que a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera a presunção de veracidade da jornada alegada inicial. Portanto, sem a juntada dos registros, há presunção juris tantum da jornada informada na reclamação, que não prevalece quando elidida por prova em contrário.

Ademais, na forma da Súmula 338, III, do TST, os cartões de ponto uniformes, britânicos, com horários inflexíveis de entrada e saída, não satisfazem à exigência de controle de jornada. Inválidos os registros como meio de prova, inverte-se o ônus de prova em relação às horas extras, competindo ao empregador elidir de maneira firme e concreta a jornada declinada na reclamação, que goza de presunção de veracidade. Não se desincumbindo o empregador desse ônus,

prevalece a jornada da inicial, ensejando o pagamento das horas extras correspondentes.

No caso, é incontroverso que o empregador detinha mais de 10 (dez) empregados e assim deveria juntar todos os registros do período contratual demandado, apresentando cartões de ponto com jornadas variáveis, especificando os horários reais e efetivos de entrada e saída, inclusive o intervalo intrajornada cumprido. Os registros juntados não correspondem às exigências legais e jurisprudenciais, não retratando de maneira fiel e integral a verdadeira jornada de trabalho cumprida.

Com efeito, apreciando a prova documental e oral, constata-se que os apontamentos de jornada (fl. 89/124) apresentam uma jornada variável das 7h às 16h, com 1h30min de intervalo intrajornada, os quais se encontram firmados pelo recorrido.

Por sua vez, a prova oral produzida pelo recorrido, sobre quem recai o ônus da prova do labor extraordinário (CLT, art. 818), informa a jornada da 7h às 15h50min, com 1 hora de intervalo intrajornada, de segunda a sábado, e acrescenta que a mesma era assinada por volta da 10h(fl. 162).

Há plausibilidade nessa informação em razão de ser notório que, nas atividades rurais, em geral, há predominância de empregados analfabetos ou semi-alfabetizados, como no caso do recorrido, que declara não saber ler nem escrever, mas apenas assina seu nome (fl. 161). Ademais, considerando a máxima de experiência, tem-se constatado, em processos similares, que a leitura dos cartões de ponto fica a cargo diretamente do fiscal da turma de trabalho, concluindo-se, portanto, que a ficha de controle de ponto era assinada antes do término da jornada.

Em exame da sentença, verifica-se que considerou uma jornada das 6h às 18h, diversa da informada na inicial, quando o acervo probatório demonstra realidade distinta, na qual há labor extra, porém em quantidade inferior à fixada na sentença.

Desta feita, reconhece-se a jornada declinada pela testemunha do recorrido das 7h às 15h:50min com intervalo intrajornada de 1h, de segunda a sábado, totalizando 3 horas extras por semana, incidindo sobre elas o adicional de 50%.

Por tratar-se de trabalho por produção, conquanto não se considere a solução mais justa, impõe-se a aplicação da OJ 235 da SDI-I do TST, ao estabelecer que, quando a remuneração varia de acordo com a quantidade de trabalho executado, o excesso de jornada já está computado na carga horária, sendo devido apenas o adicional de horas extras.

- HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA JORNADA COMPROVADA

A controvérsia diz respeito à existência ou não de direito a horas in itinere considerando a fixação em norma coletiva do tempo médio de deslocamento.

A CLT (art. 58, § 2º) dispõe que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. O § 3º autoriza que norma coletiva fixe o tempo médio despendido no deslocamento, bem como a forma e a natureza da remuneração.

A Súmula 90 do TST sintetiza o tratamento jurisprudencial:

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". IV - Se houver transporte público regular em parte

do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

No caso constitui fato incontroverso o fornecimento de transporte pelo empregador para os deslocamentos do trabalhador. Sustenta o recorrente tratar-se de mera liberalidade a fim de conferir maior comodidade a seus empregados, uma vez que há transporte público nas vias de acesso à sede da empresa.

Entretanto, essa alegação encontra-se rechaçada pela prova oral, a qual informa que na região da lavoura não há serviço de transporte público e que as estradas são, em sua maioria, de leito natural (fl. 161). Ademais, não se pode comparar a localização da sede social da empresa com o campo canavieiro, considerando a disparidade das atividades peculiares a cada um.

Também incontroversa a previsão em norma coletiva de tempo médio despendido nos deslocamentos e pretensão de pagamento de horas in itinere em tempo superior àquele previsto no instrumento coletivo.

A CF (art. 7º, XXVI) reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho. A CLT (art. 58, § 2º) admite que a negociação coletiva possa estimar o tempo médio das horas in itinere. Isso não implica renúncia ao direito às demais horas in itinere devidas e não remuneradas, posto que as normas que as consagram são de direito necessário, inderrogáveis pela autonomia coletiva. Ademais, "A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário" (TST, Súmula 338, II). Logo, a previsão de horas in itinere em norma coletiva não afasta por si o direito às horas a mais reclamadas, tudo a depender da comprovação da existência de tempo de deslocamento superior ao ajustado coletivamente.

Assim vem decidindo o TST:

RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE - INSTRUMENTO COLETIVO - RENÚNCIA. Importa considerar que os instrumentos coletivos de trabalho, embora sejam legitimamente firmados pelas representações sindicais profissional e econômica, gozando de plena eficácia, sendo reconhecidos, por força do que dispõe o artigo 7º, XXVI da CF/88, não podem eliminar direitos e garantias assegurados por lei. É que, no processo de formação dos referidos instrumentos, deve evidenciar-se a existência de concessões recíprocas pelos seus signatários. Por esta razão, inconcebível que se estabeleça, via convenção coletiva de trabalho, mera renúncia da reclamante ao pagamento da rubrica, garantida por lei, concernente aos trajetos casa-trabalho e vice-versa, beneficiando apenas o empregador, razão por que a negociação coletiva não pode prevalecer após a existência da Lei nº 10.243/2001, que passou a regular, de forma cogente, a jornada in itinere. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 119000-66.2009.5.24.0072 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 28/9/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: 7/10/2011)

No caso, a norma coletiva prevê a remuneração de 1 hora in itinere (fls. 130/160). No entanto, a prova produzida demonstra que o tempo médio de deslocamento era superior ao previsto em norma coletiva. A testemunha do recorrido informa que o trajeto até o local de trabalho durava em média uma hora e trinta minutos (fl. 161), totalizando 3 horas in itinere por dia. Em contrapartida, a recorrente não apresentou nenhuma prova apta a refutar essa informação, trazendo aos autos os contracheques demonstrando a quitação da hora in itinere acordada.

Portanto, tendo a prova elidido o tempo médio de deslocamento estimado na norma coletiva, são devidas as horas in itinere, assegurada a dedução dos valores já pagos a idêntico título.

Por se tratar de horas in itinere, o pagamento deve ser integral, ou seja, da hora acrescida do adicional de 50%, com os reflexos legais, afinal, pelo tempo in itinere, por não haver trabalho efetivo, o obreiro não recebe remuneração por produtividade.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, por maioria, rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, por unanimidade, dar-lhe parcial provimento para reconhecer a jornada diária das 7h às 15h50min, com 1 (uma) hora de intervalo, e reduzir a condenação do adicional de 50% para incidir sobre 3 (três) horas extras por semana durante o período contratual. Arbitra-se a condenação em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Vencido, parcialmente, o Exmo. Sr. Desembargador Wellington Jim Boavista (Presidente) que acolhia a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Teresina, 27 de fevereiro de 2012.

Entrevistas realizadas com os magistrados do TRT da 22ª Região:

Modelo do questionário:

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

Aluno: Gustavo de Carvalho Araújo Matrícula: 130059854

Entrevista para o trabalho de conclusão de curso:

Resumo: Essa entrevista tem o objetivo de teorizar sobre as possíveis causas do advento de alguns dispositivos Reforma Trabalhista, quais sejam, os artigos 844, caput e §§, e art. 818, caput e §§. Além disso, a pesquisa também busca entender quais são as funções das Cortes Trabalhistas na sociedade.

Instruções: esse é um instrumento de pesquisa qualitativa, por isso, os entrevistados devem responder às perguntas de forma subjetiva, para demonstrar a totalidade de seus pensamentos e argumentos. Agradeço desde já pela colaboração.

Quesitos:

1) Vossa Excelência acredita que a condenação em custas aos reclamantes, mesmo que beneficiários da gratuidade de justiça, em caso de falta à audiência regulado pelo § 2º do art. 844 da CLT foi uma mudança legislativa positiva ou negativa para o ordenamento trabalhista? Por quê?

2) Vossa Excelência sentiu que a quantidade de não comparecimentos à audiência inaugural reduziu após a vigência da Reforma Trabalhista?

3) Em relação ao ônus da prova atribuído no contexto de pedido de horas extras, no caso de empresas com mais de dez empregados, em que o empregador tem o dever de manter o controle dos horários das jornadas de todos os empregados, qual a opinião de Vossa Excelência sobre a presunção de veracidade da jornada alegada na inicial, no caso de não comprovação do tempo de jornada pela reclamada (Súmula 338, I, do TST)?

4) Qual a opinião de Vossa Excelência em relação à denegação de pedidos de produção de prova testemunhal por carta precatória requerida pela reclamada no caso de ajuizamento de reclamação fora do local de prestação de serviços (ex: cortadores de cana que trabalham sazonalmente em São Paulo e ajuízam ação no Piauí)?

5) Vossa Excelência acredita que a Justiça do Trabalho tem como função social a redistribuição de renda?

6) Qual a opinião de Vossa Excelência em relação à aplicação do princípio protetivo no processo do trabalho?

Respostas dos Magistrados:

1) MAGISTRADO 1

R1). Há dois pontos que devem ser enfatizados: a) Considero inconstitucional a mudança, pois a CF garante a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do inciso LXXIV do art. 5º da CF. Assim, se o Estado reconhece essa condição, não pode impor o pagamento; b) Ultrapassado este ponto, considero NEGATIVA. A primeira justificativa está no item anterior, pois a lei fere o ordenamento constitucional. A segunda, porque a Reforma parte do princípio de que a regra seria o ajuizamento de demandas temerárias, nas quais o autor poderia faltar de propósito, prejudicando o réu.

R2). Não. Não vi qualquer diferença.

R3). A presunção não deriva da súmula, em si, mas da interpretação do art. 74, § 2º, CLT, que obriga o empregador a ter o registro do ponto. Veja que a lei dá várias oportunidades para o empregador provar essa jornada: a) pelos cartões de ponto; b) se não houver, por qualquer outro meio de prova, o que é fácil para o

empregador, que detém o controle dos documentos e tem, em grande parte dos casos, testemunhas fáceis para arrolar. Considero, assim, relevante a presunção.

R4). Depende do rito. No rito ordinário é garantida ao réu a produção de prova por precatória, por meio de intimação judicial. No caso do rito sumaríssimo, em face da peculiaridade do rito e do que dispõe o § 3º do art. 852-H, CLT, entendo que deve haver a comprovação do convite, formalidade essa prevista em lei, facilmente obtida pelo empregador.

R5). Não, pois o Juiz possui regras próprias para o processo. Não deve julgar pensando em redistribuição de renda, mas em dar a solução correta à luz do ordenamento. A redistribuição de renda é um aspecto que a meu ver não pertence ao mundo do Direito, mas ao plano da Economiae, para mim, significa compartilhar a riqueza, o que significaria passar dos mais ricos para os mais pobres. O Juiz não deve ter isso em mente ao julgar, pois esse não é o propósito do processo.

R6). É uma das vigas-mestre do Direito do Trabalho em face do desnível entre patrão e empregado. Não obstante, não pode ser aplicado no Processo do Trabalho, porquanto este têm regras e princípios próprios e não deve ser confundido com o primeiro. E uma delas está no art. 818 da CLT que remete a uma situação na qual o juiz poderia ter dúvida no julgamento em razão, por exemplo, da divisão da prova. Determina o legislador que o juiz distribua o ônus. Assim, na dúvida o juiz não deve julgar favoravelmente ao empregado, mas sim aplicar a distribuição do ônus probatório.

2) MAGISTRADO 2

R1). Não tenho dúvidas em afirmar que o dispositivo em questão cria dificuldades de acesso ao judiciário, ao tempo em que a parte reclamante ausente passa a ser condenado ao pagamento de custas. Contudo, pontuo que a ausência em questão pode ser justificada e assim a condenação relevada pelo juiz ou mesmo a audiência redesignada. Assim, concluo que a opção pela mudança legislativa,

ainda eu imponha dificuldades no acesso à Justiça, pode ser vista como medida para evitar abusos e, portanto, positiva.

R2). Há uma maior preocupação da parte autora em comparecer a audiência ou mesmo justificar a ausência.

R3). Tratando-se de empresas com mais de 10 (dez) empregados, em que se pressupõe haver o mínimo de organização, entendo que a obrigação de se manter controle de frequência (CLT, art. 74, § 2º) revela-se como razoável, ainda, que a presunção de veracidade em caso de não apresentação dos controles nada mais é do que a distribuição dinâmica do ônus da prova.

R4). Revela-se flagrante cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha por pretórias, em especial quando o juízo rejeita a exceção de competência territorial. A única hipótese em que vejo não haver prejuízo para a parte requerente é quando o pedido em questão é indeferido totalmente, a exemplo de horas extras.

R5) A função primordial da Justiça do Trabalho é a pacificação social entre o capital e a força de trabalho. Não pode e nem deve o poder judiciário ser utilizado como forma de distribuição de renda, papel que constitucionalmente não lhe foi resguardado.

R6) O direito do trabalho é cunhado a partir do conflito entre capital e força de trabalho, como forma de se restabelecer equilíbrio e paz social. Nesse contexto, o princípio tuitivo ou protetivo é inerente a própria essencial desse direito.

Por outro lado, não se pode conceber um processo do trabalho em que se respeita os princípios constitucionais quando se enfrenta desigualdade entre as partes litigantes. O que se busca, portanto, é restabelecer a igualdade entre as partes, a paridade de armas.

O que não se pode conceber, por fim, é que sob essa justificativa (da proteção) se venha a adotar medidas que afrontem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, núcleo duro de qualquer processo judicial.

3) MAGISTRADO 3

R1) Negativa. Gratuidade judiciária não se mostra compatível com cobrança de custas. São condutas contraditórias em termos. Mais adequado, se assim quisesse, o legislador poderia ter incluída a ausência da parte à audiência como litigância de má-fé, mas ainda sujeita à crítica, pois a presunção de inocência milita em favor do cidadão.

R2) Ainda não percebi tal mudança. Elas ainda ocorrem. Todavia, ainda não observei a estatística em relação ao período anterior.

R3) Não há qualquer incompatibilidade ou estranheza na técnica de julgamento. No processo civil, acontece a presunção de veracidade sem maiores problemas. Os valores são diversos em comparação com o processo penal, pois naquele não se admite os efeitos da revelia, em especial a confissão ficta.

A ideia contida no verbete se resume ao seguinte raciocínio: o empregador tem o dever de efetuar o controle de jornada nessas hipóteses (com mais de 10 empregados). Assim, ele tem o que se conhece por “aptidão para a prova”, na medida em que é quem administra a prestação de serviços. Observe-se e ressalte-se que não se trata, simplesmente, de condenar o empregador se ele não tem o registro de jornada, porquanto ele pode se desincumbiu por outros meios de provas (testemunhal, filmagens, catracas de acesso... qualquer meio de prova legítimo); da mesma forma que teria o empregado em provar o labor extraordinário. Nenhuma proteção ou injustiça nessa técnica de julgamento.

R4) Não indefiro oitiva de testemunha em rito ordinário, desde que seja relevante para o deslinde da questão. Se já há convencimento pela rejeição da pretensão, não há necessidade da prova (ex: cartões de ponto com horários variados, sem impugnação específica do autor e sem prova testemunhal nesse sentido, desnecessária a oitiva de testemunha, pois a validade do documento não se mostrou abalada). No caso de rito sumaríssimo, há necessidade de demonstração da recusa. O fato de morar longe não significa que a testemunha não queira vir ou se recusou. Deverá ser demonstrado o convite da testemunha e a sua recusa em vir,

constando desse convite que as despesas serão suportadas pela empregadora, visando retirar qualquer presunção de gastos pela testemunha.

O princípio que se encontra insculpido na hipótese é de que ninguém é obrigado a depor fora do seu domicílio, porém nada obsta que ele possa ser demonstrar interesse. Daí a necessidade de demonstração de recusa.

O rito ordinário não prevê tal comprovação, mas nada obsta que o julgador fizesse tal exigência. Todavia, por ser mais heterodoxo, vamos dizer assim, melhor evitar restrições naquilo que o legislador não fez.

R5) Não. A função jurisdicional, e a Justiça do Trabalho não foge desse escopo, tem a função e atividade de entregar a prestação do serviço de solução de conflitos (primordialmente, salvo a voluntária). Se haverá a eventual correção de distorções de “distribuição de renda”, com a entrega do bem da vida deduzido em juízo, o qual fora violado pelo réu, é uma consequência, não uma finalidade precípua.

R6) A proteção é dada, inicialmente, pelo legislador, ao editar as normas de condutas processuais. O intérprete apenas dá uma nova colmatação na significação de alcance da norma quando se apresenta fora do contexto principiológico em que se insere a lide. Explica-se: o direito processual penal aparelha o direito penal, o qual tem índole protetiva em favor do réu/acusado; o direito processual comum, previsto no CDC, tem sua função protetiva em face do caráter tuitivo em prol do consumidor. As normas processuais civis na solução de contenda envolvendo crianças e adolescentes têm a sua aplicação voltada a esses menos protegidos em relação ao adverso. Em suma, o direito processual, de finalidade instrumental, somente tem razão de ser se também preservar a linha principiológica do direito material que visa atender.

Todavia, em matéria de prova, sigo a linha do TST que sustenta a inexistência de aplicação do princípio da proteção no caso de “prova dividida ou prova empatada”, porquanto deve ser solucionada a questão à luz da regra do ônus da prova; ou seja, quem tinha o encargo e não se desvencilhou sucumbe desfavoravelmente na pretensão (seja empregado, seja empregador).

4) MAGISTRADO 4

R1) Entendo que foi uma mudança legislativa negativa e, ademais, inconstitucional. Se o reclamante está desempregado ou percebe valor igual ou inferior a 40% do teto do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, há presunção da hipossuficiência (§3º do art. 790 da CLT) ou se maior o valor percebido deve comprovar a insuficiência de recurso (§4º do mesmo artigo) tem-lhe concedido o benefício da justiça gratuita. Dessa forma, não há que se cobrar o recolhimento de custas processuais para ajuizamento de nova ação trabalhista, sob pena de mácula ao princípio do livre acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

R2) Normalmente, nas Varas do trabalho da Capital são poucos os não comparecimentos às audiências inaugurais e, sinceramente, por enquanto, não constatei redução após a vigência da reforma.

R3) Entendo pela presunção de veracidade alegada na petição inicial, mas sempre colho o depoimento do reclamante, mitigando um pouco essa presunção. O empregador tem a obrigação legal de manter o controle de jornada, quando possui mais de dez empregados e, assim, é quem melhor detém a aptidão para comprovar a jornada trabalhada, com a juntada do registro dessa jornada.

R4) Em relação à ação submetida a procedimento sumaríssimo, se não for apresentada em audiência a carta convite e o não comparecimento da testemunha, indefiro a produção da prova testemunhal por carta precatória, nos termos do art. 852-H, §3º, da CLT. Contudo, quanto à ação submetida a procedimento ordinário, há sim de ser deferida a produção da prova, com envio de carta precatória, sob pena de cerceamento da defesa.

R5) Acredito que a Justiça do Trabalho tem a função de distribuir a justiça, com luta contra a exploração do trabalhador. Não se trata especificamente de redistribuição de renda, mas de proteção do empregado contra a exploração nas relações de trabalho, com melhoria da condição social do trabalhador, o que secundariamente acaba podendo ser confundido com distribuição de renda na medida em que se fiscaliza e obriga o empregador a pagar horas extras, cuidar do

ambiente de trabalho, investir em segurança, melhorar as condições de trabalho etc. A verificar essa questão, basta analisar o trabalho na época da revolução industrial, em pleno liberalismo puro, e após a construção das normas trabalhistas, a condição social do trabalhador.

R6) Entendo que se deve procurar equilibrar a relação processual com igualitário tratamento. Contudo, algumas situações impõem um tratamento diferenciado como forma de igualar as partes, como é o caso, por exemplo da isenção do pagamento de custas processuais, assistência judiciária gratuita e a inversão do ônus da prova.

5) MAGISTRADO 5

R1) Na minha opinião foi negativa, pois a gratuidade da justiça é concedida de forma integral, não havendo que se cogitar em pagamento de custas. Para os casos em que haja eventual má-fé do reclamante a legislação prevê penalidades específicas que devem ser aplicadas para coibir os abuso do direito de litigar.

R2) Não.

R3) A Súmula prevê a inversão do ônus da prova em tais situações, e isso se dá diante do fato do empregador possuir meios de comprovar a jornada de trabalho quando possui mais de dez empregados, pois em tais situações é obrigado a ter o controle de ponto. Se o empregador não apresenta tais controles de ponto, ou não oferece outro meio de prova, nada mais justo que se presuma como verdadeira a jornada de trabalho alegada na exordial, da mesma forma que se presume a jornada normal quando o ônus da prova é do reclamante e este não apresenta elementos de prova da jornada alegada.

R4) Entendo que negar a oitiva da testemunha por carta precatória consiste em cerceamento de defesa, pois nenhuma testemunha é obrigada a depor fora do seu domicílio.

R5) De forma alguma. A Justiça do Trabalho tem como objeto assegurar condições mínimas e dignas de trabalho aos trabalhadores, evitando a

sua exploração pelo empregador, o que infelizmente não raras vezes encontramos em nosso dia a dia.

R6) O princípio protetivo é previsto como uma forma de compensar a situação de hipossuficiência que o trabalhador geralmente se encontra. Deve ser aplicado com a máxima cautela para evitar situações de injustiça que infelizmente às vezes nos deparamos. Porém, deve persistir, pois na grande maioria das situações o empregado ainda é a parte mais fragilizada da relação de trabalho.

6) MAGISTRADO 6

R1) A condenação em custas para os reclamantes foi uma mudança legislativa negativa para o ordenamento trabalhista porque a grande maioria dos empregados que acionam a Justiça do Trabalho são pobres e necessitam das verbas que estão reclamando para sobreviver, e, via de regra, não deixa de comparecer à audiência sem motivo justificado. A mudança, a meu ver, representa uma forma de tornar mais difícil o acesso à Justiça.

R2) Não.

R3) Acho acertada a presunção de veracidade favorável ao autor da ação para empresas com mais de dez empregados, cabendo ao empregador fazer esse controle da jornada, se não possui esse controle terá que comprovar a jornada alegada de outra forma, entendendo que a presunção pode ser elidida por prova em contrário.

R4) Acho que configura cerceamento de defesa, se aceitamos o ajuizamento da ação fora do local da prestação de serviços, temos que aceitar a produção de provas por carta precatória.

R5) Não. A função social da Justiça do Trabalho é fazer ser respeitada a dignidade do trabalhador em todas as relações de trabalho, o que não caracteriza a redistribuição de renda.

R6) O princípio protetivo ao trabalhador tem que ser aplicado no processo do trabalho, pois o trabalhador, via de regra, sempre está em desvantagem

na relação de trabalho, e a aplicação do princípio é uma forma de minimizar essa desvantagem no plano processual.